

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

ANDRÉA KESSLER GONÇALVES

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

CURITIBA  
2011

ANDRÉA KESSLER GONÇALVES

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA  
2011

Dedico este trabalho aos meus pais, Darci e Marlene, e às minhas irmãs, Marina e Ana Paula.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por todas as coisas.

Aos meus pais, Darci e Marlene, e às minhas irmãs, Marina e Ana Paula. Não há palavras suficientes para expressar toda a minha gratidão. Sou privilegiada pela família que tenho, e qualquer conquista que eu tenha não é minha, é nossa. Amo vocês.

À Jaqueline, irmã mais velha, pelo amor e apoio em todas as horas, e especialmente enquanto fiz este trabalho.

Ao professor Eduardo Talamini, pela honrosa orientação.

Aos meus queridos colegas de faculdade, que se tornaram amados amigos, Caroline Arrais Scottini, Guilherme A. Vezaro Eiras, Guilherme Franco Stocco, Lucas Urbanavicius Marques. A ajuda de vocês foi essencial não apenas para a realização desta monografia, mas durante todo o período de faculdade. Certamente construímos laços de amizade que ultrapassaram os limites da Santos Andrade, e que permanecerão nas próximas etapas de nossas vidas.

*Bem-aventurados os que observam o direito, que praticam a justiça em todos os tempos.*

Salmos 106:3

## RESUMO

GONÇALVES, Andréa Kessler. Provas Ilícitas no Processo Civil e o Princípio da Proporcionalidade. 2011. 64 fls. Monografia de Graduação. Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

Este estudo se propõe a analisar a questão da admissibilidade, no âmbito do processo civil, das provas ilicitamente obtidas, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Primeiramente, são abordados aspectos gerais a respeito do tema, tais como o direito constitucional à prova, a previsão do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, e as diferenciações entre provas ilícitas e ilegítimas apresentadas pela doutrina. Após breves notas acerca da prova ilícita no processo penal, realiza-se uma apreensão dos debates doutrinários em torno do art. 332 do Código de Processo Civil e suas implicações, bem como as diferenciações apontadas entre o tratamento conferido ao instituto da prova em cada uma das searas processuais. Parte-se, assim, para o estudo do princípio da proporcionalidade, tal como apresentado pelos teóricos de direito constitucional, para então analisar a sua aplicação como instrumento de admissibilidade das provas ilícitas no processo civil, mediante uma ponderação de valores no caso concreto. Por fim, examina-se a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito da admissibilidade das provas ilícitas, enfocando-se principalmente os precedentes relativos a interceptações e gravações telefônicas e colheita de material genético.

**Palavras-chave:** Provas ilícitas. Processo Civil. Princípio da Proporcionalidade.

## **ABSTRACT**

GONÇALVES, Andréa Kessler. Provas Ilícitas no Processo Civil e o Princípio da Proporcionalidade. 2011. 64 fls. Monografia de Graduação. Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

The present study analyzes the admissibility of evidence obtained illegally in Civil Law Procedures, under the application of the Principle of Proportionality. Firstly, general aspects regarding this issue will be investigated, such as the constitutional right to present evidence in civil proceedings, the provision under article 5<sup>th</sup>, item LVI, of [Brazilian] Federal Constitution, and the scholar differentiations between illegitimate and illegal evidence. After brief considerations concerning evidence obtained illegally in Criminal Procedures, the study focus on scholar debates around the article 332 of Civil Law Procedures and its implications, as well as the appointed distinctions of treatment granted to the evidence in each branch of legal procedures. Subsequently, the study moves on to the Principle of Proportionality, as presented by the Constitutional Law scholars, aiming to analyze its application as a mean of admissibility of illegal evidence in Civil Procedure, through a weighing of values in each legal dispute. Finally, there is an examination of Superior Courts decisions regarding the admissibility of illegal evidence, focused mainly on precedents related to the use of telephone tapping and DNA samples obtaining and analysis.

**Keywords:** Evidence obtained illegally. Civil Procedures. Principle of Proportionality.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS</b>	<b>10</b>
2.1	DO DIREITO À PROVA	10
2.2	PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO À PROVA	11
2.3	TERMINOLOGIAS EMPREGADAS PELA DOCTRINA E O ALCANCE DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL	13
<b>3</b>	<b>A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL</b>	<b>16</b>
3.1	PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: A DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	18
<b>4</b>	<b>A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL</b>	<b>20</b>
4.1	O ARTIGO 332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS “PROVAS IMORAIS”	20
4.2	COMPARAÇÕES ENTRE AS ESFERAS DO PROCESSO PENAL E DO PROCESSO CIVIL	23
4.2.1	<i>Refutando os argumentos que diferenciam o tratamento das provas no processo penal e civil</i>	23
4.2.2	<i>O art. 5º, XII, da Constituição Federal, e sua aplicabilidade ao processo civil</i>	25
4.2.3	<i>Interceptação e gravação telefônica: diferenciações</i>	27
4.3	PROVA PRODUZIDA NO PROCESSO PENAL E EMPRESTADA AO PROCESSO CIVIL	28
<b>5</b>	<b>A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b>	<b>31</b>
5.1	ORIGENS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	31
5.2	DIFERENTES CONCEPÇÕES DOCTRINÁRIAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	32
5.3	TRÍPLICE CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE, PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO	35
5.4	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	37
5.5	A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	37
5.6	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO ESPECÍFICO DO DIREITO DE FAMÍLIA	45
<b>6</b>	<b>ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA PROVA ILÍCITA</b>	<b>48</b>
6.1	JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	48
6.2	JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	52
6.3	PROVAS OBTIDAS MEDIANTE COLHEITA DE MATERIAL GENÉTICO	56
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>60</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>62</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal inadmite expressamente a utilização, no processo, das provas ilicitamente obtidas, conforme o teor do art. 5º, LVI. Não obstante, a possibilidade de se admitir provas ilícitas, tanto no processo penal quanto no processo civil, continua sendo matéria debatida pela doutrina e pela jurisprudência.

Este estudo se propõe a analisar as razões apontadas para se permitir, em casos extremos, que a proibição constitucional seja relativizada, de modo a se concretizar as garantias do devido processo legal e da tutela jurisdicional justa e efetiva, no bojo das quais se realiza o direito à prova.

Para tanto, inicia-se o trabalho com uma abordagem dos aspectos gerais atinentes ao tema. Demonstra-se que a proibição de utilização de provas ilícitas é uma forma de limitação do direito constitucional à prova, mas que tal proibição pode ser relativizada, assim como qualquer outro princípio constitucional. Daí se justificar a indagação acerca da admissibilidade das provas ilícitas, a despeito da previsão do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

A fim de se determinar o alcance da proibição constitucional, analisa-se as diversas denominações empregadas pela doutrina, tais como prova *ilícita*, *ilegal*, *ilegítima* e *inconstitucional*.

Ademais, situa-se o tema nas searas do processo penal e do processo civil, apontando-se as diferenciações do tratamento conferido à prova em cada um dos âmbitos processuais.

Parte-se, desse modo, a um estudo do princípio da proporcionalidade, averiguando a sua origem, os conceitos apresentados pela doutrina, seus subprincípios e sua concepção na Constituição Federal de 1988. Adiante, demonstram-se os argumentos doutrinários pelos quais se admite – ou se rejeita – o emprego de referido princípio como um instrumento de admissibilidade das provas ilícitas.

Por fim, apresenta-se uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores, com o intuito de se apontar em que medida as provas ilícitas, principalmente as obtidas mediante interceptação e gravação telefônica, bem como mediante colheita de material genético, são admitidas na prática forense.

## 2 ASPECTOS GERAIS

### 2.1 DO DIREITO À PROVA

A garantia constitucional do devido processo legal, que compreende o direito processual à ação, à ampla defesa e ao contraditório, é instrumento necessário à concretização de uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Tal garantia, contudo, não se satisfaz meramente na fase postulatória, ou seja, o direito de ação não se limita à propositura de demandas no Poder Judiciário, assim como o direito de defesa não se restringe ao oferecimento de resposta pelo réu. A produção probatória é essencial na busca pela justiça material, de modo que somente haverá verdadeiro exercício do direito de ação se ao autor forem possibilitados meios de provar suas alegações. Da mesma forma, a defesa do réu será efetivamente ampla se a ele for garantida a possibilidade de desconstituir as alegações do autor através da produção de provas.

Chega-se, assim, àquilo que a doutrina denomina de *direito constitucional à prova*. Ora, a fase probatória é imprescindível à efetiva realização das garantias da ação e da defesa, pois, como ensina Eduardo Cambi, as provas conferem *conteúdo substancial* ao exercício de tais garantias<sup>1</sup>. Considerando que o direito à prova é uma manifestação essencial do devido processo legal, não há porque negar-lhe o status de direito constitucionalmente assegurado.

Para José Carlos Barbosa Moreira, o direito à prova implica a possibilidade de utilização de quaisquer meios de prova disponíveis. Destarte, o autor afirma que a admissibilidade das provas constitui regra, de modo que as exceções demandam justificação<sup>2</sup>.

Na doutrina estrangeira, Michele Taruffo ensina que o direito à prova pode ser compreendido como o “direito da parte de utilizar todas as provas de que dispõe,

---

<sup>1</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 112-113.

<sup>2</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. nº 205. Jul./Set. 1996. Renovar. p. 11.

de forma a demonstrar a verdade dos factos em que sua pretensão se funda”.<sup>3</sup> Desse modo, o direito à prova possui o seguinte conteúdo: direito de alegar fatos no processo; direito de provar esses fatos através de qualquer meio de prova; direito de participar da produção das provas. Ademais, o direito de contradizer as provas produzidas pela outra parte ou até mesmo de ofício pelo juiz também integra o direito à prova.

Ainda, exsurge como consequência do direito à prova o dever do juiz de analisar e valorar todas as provas produzidas pelas partes.

## 2.2 PROIBIÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO À PROVA

A resolução de conflitos no âmbito processual deve satisfazer, em primeiro lugar, o interesse da coletividade, para apenas então tutelar os interesses dos litigantes. Daí se depreende que a verdade processual não é um fim em si mesma, mas um instrumento de efetivação da justiça. Por esse motivo, o ordenamento jurídico pode prever restrições a essa busca da verdade a fim de priorizar outros interesses que se demonstrem de maior relevância no caso concreto.

Consoante a doutrina constitucionalista, nem mesmo as garantias asseguradas na Constituição Federal são absolutas. A esse respeito, ensina Alexandre De Moraes que:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são limitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> TARUFFO, Michele. **Il diritto alla prova nel processo civile**. Riv. dir. proc. 1984, anno XXXIX (Seconda Serie) – N. 1, p. 74. apud ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 70.

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Nesse mesmo sentido, ressalta Lucio Grassi Gouveia<sup>5</sup> que a própria Constituição, no art. 5º, § 2º, determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Evidencia-se, destarte, que os direitos e garantias constitucionais, numa situação concreta, devem ser interpretados conforme os demais direitos e garantias constitucionais.

Desse modo, o direito à prova pode sofrer limitações. É evidente que quaisquer restrições devem ser pautadas pela devida proporcionalidade entre a limitação imposta e o fim a ser alcançado, tendo em vista o caráter constitucional de que goza o direito à prova. Ensina Eduardo Cambi que as limitações ao direito de produção de provas somente subsistem frente à necessidade de garantir outro direito que, nas circunstâncias concretas, seja considerado mais relevante<sup>6</sup>.

Dentre as possibilidades de limitação do direito à prova, destaca-se a proibição das provas ilícitas, conforme previsão constante no art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>7</sup>

A proibição de provas ilícitas é um princípio processual. Contudo, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira, os princípios processuais são relativos, uma vez que são instrumentais. Vale dizer, serão reverenciados na medida em que sejam úteis à consecução dos fins do processo<sup>8</sup>.

Verifica-se que, assim como o direito à prova não é absoluto, o limite ao direito à prova, consistente na inadmissibilidade da prova ilícita, também merece relativização. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira:

Seja como for, o essencial é por em realce o caráter *relativo* que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas. Visto que, ainda entre os juristas mais comprometidos com a tese da proibição, se acaba por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer

---

<sup>5</sup> GOUVEIA, Lucio Grassi. **O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n 7. Out. 2003. p. 47-54

<sup>6</sup> CAMBI, 2001, p. 175-176.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>8</sup> MOREIRA, 1996, p. 12.

circunstâncias, fica aberta a possibilidade de uma construção jurisprudencial que leve em conta as variáveis necessidades sociais.<sup>9</sup>

Destarte, há debates na doutrina a respeito do tema, de modo a questionar o caráter absoluto dessa proibição. Conforme será demonstrado, há defensores da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto, a fim de se verificar se o direito violado pela obtenção da prova ilícita deve ceder frente ao direito a ser comprovado pela prova ilicitamente adquirida. No entanto, há também quem defenda que a proibição não comporta exceções, tendo em vista a disposição expressa do texto do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

### 2.3 TERMINOLOGIAS EMPREGADAS PELA DOUTRINA E O ALCANCE DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL

A fim de compreender o alcance material da proibição expressa pela Constituição, a doutrina debruçou-se sobre a terminologia empregada pelo constituinte, qual seja, “provas obtidas por meios ilícitos”. Com o intuito de demonstrar em que consiste a ilicitude dos meios de obtenção da prova, foram formuladas diversas teorias.

Conforme leciona Ada Pellegrini Grinover<sup>10</sup>, as provas são *ilegais* (ou vedadas) quando representam uma contrariedade a uma norma legal ou a um princípio geral do ordenamento, seja de natureza material ou processual. Na categoria de provas ilegais se enquadram tanto as provas *ilegítimas* quanto as provas *ilícitas*.

Desse modo, as provas ilegítimas são aquelas que violam uma norma de natureza processual, ocorrendo a transgressão no momento da produção da prova no processo. Como exemplo, pode-se citar a quebra de sigilo fiscal sem motivação judicial. Sustenta-se que, como sanção, acarretam a nulidade dos atos dela dependentes, representando assim um limite de admissibilidade dos meios de prova.

---

<sup>9</sup> MOREIRA, 1996, p. 15.

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: \_\_\_\_\_. **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 47-48.

Por outro lado, as provas ilícitas têm como característica a violação de um direito material, observando-se afronta às normas ou princípios constitucionais e legais. Nota-se que as provas ilícitas comumente são obtidas afrontando-se as liberdades públicas e os direitos da personalidade, especialmente no que diz respeito ao direito à intimidade. Desse modo, é possível afirmar que a ilicitude ocorre no momento da colheita da prova (por exemplo, prova roubada ou subtraída com violência). Como consequência, as provas ilícitas ensejam um ato ilícito *stricto sensu*, apto a gerar responsabilidade atinente ao direito substancial afrontado (civil, penal ou administrativo).

Tal distinção trouxe como consequência o entendimento doutrinário segundo o qual apenas as provas processualmente proibidas seriam inadmissíveis no processo. Dessa forma, a ilicitude material de uma prova seria processualmente irrelevante, de modo que a prova ilícita poderia ser perfeitamente utilizada na instrução probatória. Evidentemente, a violação perpetuada através da obtenção da prova ilícita seria passível de punição, mas isso não afetaria o processo no qual a prova ilícita seria utilizada. O principal fundamento para essa posição seria a autonomia do direito processual face ao direito material.

Essa posição encontra amparo entre doutrinadores estrangeiros, tais como Gian Franco Ricci, Franco Cordero e Egbert Peters, conforme mencionado por Isabel Alexandre<sup>11</sup>. No Brasil, contudo, essa tese não conquistou parte relevante da doutrina.

Eduardo Cambi<sup>12</sup> critica a distinção de nomenclatura, pois afirma que atos praticados em contrariedade ao direito substancial também podem ser considerados ilegítimos. Além disso, aduz que a ilicitude é uma categoria geral, que inclui o direito processual e o direito material. Ainda, argumenta que a classificação ensejaria um estímulo à ilicitude, já que apenas os atos ilícitos exteriores ao processo sofreriam reprimenda, de modo que não haveria proteção suficiente à dignidade da pessoa humana. Por fim, adverte que a irrelevância processual da ilicitude material poderia culminar na admissão, no processo, de toda e qualquer prova pré-constituída, ainda que obtida mediante grave ameaça ou coação física, psíquica ou moral, o que é claramente contrário ao ordenamento jurídico.

---

<sup>11</sup> ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 172-173.

<sup>12</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 66-67.

Surge assim uma terceira categoria, qual seja, a das *provas inconstitucionais*. Qualquer prova obtida em violação aos direitos assegurados pela Constituição seria inadmissível no processo, independentemente de ter sido colhida no âmbito processual ou material. Ressalta-se, assim, a caracterização de violação a direito fundamental, seja garantido por norma de caráter material ou formal. Evidentemente, a consequência será a inadmissibilidade do meio de prova no processo.

A doutrina predominante afirma que o texto constitucional, ao impedir a utilização de “provas obtidas por meios ilícitos”, torna inadmissíveis tanto as provas materialmente ilícitas quanto as processualmente ilegítimas. Nesse sentido é a lição de Eduardo Cambi<sup>13</sup>:

Portanto, pode-se afirmar que o art. 5º, inc. LVI, CF, é um *quid* que se *coloca além e de fora* da contraposição entre *substance e procedure*, pouco importando se a proibição da prova está prevista em uma lei material ou processual, pois, em ambas as situações, se a prova ofender outro valor constitucional considerado pelo juiz, no caso concreto, hierarquicamente mais relevante que o direito à prova ou que o direito que pretende ser investigado pela prova judicial, esta não poderá ser utilizada para fins de reconstrução dos fatos no processo. Logo, extrai-se da exegese do art. 5º, inc. LVI, que a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo a sanção processual de inadmissibilidade à ilicitude material.

Destarte, a categoria da prova inconstitucional, por violar direitos fundamentais, condensa tanto o ato substancialmente ilícito quanto a sua inadmissibilidade processual. A noção de provas ilícitas é ampliada, concluindo-se que a prova será ilícita quando contrariar o ordenamento jurídico, visto através da Constituição. Adotando-se essa concepção, evita-se que obstáculos formais impeçam a tutela adequada dos direitos fundamentais.

---

<sup>13</sup> CAMBI, 2006, p. 68.

### 3 A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

O direito penal tem, como fim último, a tutela de toda a sociedade. No entanto, em seu bojo põe-se em cheque a liberdade de indivíduos. O conflito entre defesa social e a liberdade individual assume grandes proporções no âmbito do processo penal.

Desse modo, é correto afirmar que a finalidade do processo penal não é aplicar a pena ao réu a qualquer custo, mas obter a verdade dos fatos através de uma investigação que respeite os direitos do acusado.

É comum o entendimento de que o direito processual penal é, em princípio, o terreno mais fértil para a discussão a respeito das provas ilícitas. Ora, o direito penal tutela bens jurídicos caros à sociedade (a vida e a liberdade, por excelência), de modo que a admissão ou não de provas ilícitas pode, aparentemente, causar maior repercussão na sociedade.

Nesse sentido, leciona Ada Pellegrini Grinover:

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social – direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal, e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.<sup>14</sup>

A reforma produzida no Código de Processo Penal através da Lei nº 11.690/08 positivou a proibição das provas ilícitas no processo penal, nos seguintes termos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

---

<sup>14</sup> GRINOVER, 1998, p. 46.



§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Ressalta-se que o Código de Processo Penal não apresenta um rol taxativo dos meios de provas admissíveis, mas limita-se a regular expressamente os meios de prova mais frequentemente utilizados. Por outro lado, referido diploma legal dispõe que devem ser observadas as restrições estabelecidas na lei civil quanto às provas referentes ao estado das pessoas.

Assim, é possível afirmar, consoante ensina Edilson Mougenot Bonfim<sup>15</sup>, que há relativa liberdade probatória no processo penal, respeitando-se apenas as proibições legais, de modo que as partes podem se valer de meios de prova não especificados em lei.

Como consequência, não há na lei processual penal um rol de provas consideradas ilícitas *a priori*. A análise da licitude do meio de prova ocorrerá no caso concreto, na busca da verdade material, o que acarreta certa dificuldade em qualificar determinados meios de provas como lícitos ou ilícitos.

Ada Pellegrini Grinover<sup>16</sup> alerta quanto ao perigo de se conferir ao juiz penal uma liberdade absoluta na valoração da prova ilícita, ainda que com fundamento no princípio da procura da verdade material. Não se pode permitir que, para alcançar a defesa social, o juiz penal goze de um poder ilimitado utilizado em detrimento da liberdade individual.

Por essas razões, a doutrina apresenta atenuações à proibição de admissão das provas ilícitas, visando à efetividade do direito de defesa. Nesse sentido, destacam-se as teorias a respeito das provas ilícitas utilizadas em favor do réu.

Imagine-se uma situação em que o réu, inocente, vale-se de prova ilícita para provar a sua inocência. A doutrina defende que, nessa situação extrema, o réu age em estado de necessidade. A prova, aparentemente ilícita, ampara-se numa hipótese de exclusão da ilicitude. Como consequência, a admissão dessa prova é conforme o direito<sup>17</sup>.

Observa-se, assim, que a proibição de admissão de provas ilícitas constante no art. 5º, LVI, da Constituição Federal não possui caráter absoluto no processo

---

<sup>15</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 344.

<sup>16</sup> GRINOVER, 1998, p. 47.

<sup>17</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 480.

penal, haja vista a existência de situações em que sua atenuação é indispensável para a efetivação do devido processo legal.

### 3.1 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO: A DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENADA

A reforma do Código de Processo Penal produzida pela Lei nº 11.690/08 positivou no ordenamento jurídico brasileiro a impossibilidade de aproveitamento das provas lícitas derivadas das ilícitas.

Trata-se de teoria formulada de forma pioneira pela Suprema Corte norte-americana, no início do século XX. A doutrina começou a ser construída no precedente *Silverthorn Lumber Co. v. United States*, e a expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) foi usada pela primeira vez no caso *Nardone v. United States* (1939), pelo Magistrado Frankfurter.

Segundo essa teoria, as provas lícitas cuja obtenção tenha sido possibilitada por uma prova ilícita não poderiam ser aceitas no processo, pois estariam igualmente viciadas.

Edilson Mougenot Bonfim explica que o argumento que sustenta essa teoria é *relacional*, pois há uma conexão entre os extremos da cadeia lógica, ou seja, “a primeira ilegalidade é condição *sine qua non* e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência de referida ilegalidade originária”<sup>18</sup>.

Houve grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da aplicabilidade dessa teoria no direito brasileiro. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal foi favorável à admissibilidade desse meio de prova, entendendo que a vedação constitucional não se estendia às provas derivadas da ilícita. No entanto, tal entendimento foi modificado pela Suprema Corte, e hodiernamente entende-se que

---

<sup>18</sup> GALLARDO, Carlos Fidalgo. **Las “pruebas ilegales”**: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ, p. 434, *apud* BONFIM, p. 346.

as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis, e sua eventual utilização acarreta a nulidade do processo<sup>19</sup>.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690/08, não se discute mais a admissibilidade ou não desse meio de prova, já que há vedação legal expressa. No entanto, a alteração trazida por referida lei trouxe outra discussão: a dificuldade de se estabelecer o nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova lícita derivada da ilícita. A doutrina critica a redação conferida pela lei ao § 1º do art. 157 do CPP (“são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”) nos seguintes termos:

Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis. Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1º).<sup>20</sup>

Em que pese a celeuma a respeito da redação do art. 157 do Código de Processo Penal, está pacificada a inadmissibilidade das provas lícitas derivadas das ilícitas no processo penal.

---

<sup>19</sup> Tal é o entendimento exarado nos seguintes acórdãos: Habeas Corpus nº 93.050 / RJ. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Publicado em 01/08/2008. Recurso em Habeas Corpus nº 90.376 / RJ. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 03/04/2007.

<sup>20</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo**. Boletim do IBCCRIM, nº 369, ano 2008.

## 4 A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

### 4.1 O ARTIGO 332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS “PROVAS IMORAIS”

No período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, não havia no ordenamento jurídico brasileiro proibição explícita da utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Desse modo, parcela da doutrina defendia a possibilidade de admissão dessas provas.

Conforme Ada Pellegrini Grinover, no que diz respeito à prova civil utilizada no âmbito do direito de família, preponderava, antes da Constituição de 1988, a admissibilidade das provas ilícitas.<sup>21</sup>

Contudo, mesmo nesse contexto já havia aqueles que entendiam pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Um dos principais fundamentos para esse entendimento era o art. 332 do Código de Processo Civil:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Ovídio Batista Da Silva critica a redação desse artigo, aduzindo que há “uma distinção pouco precisa entre o direito e a moral, como se os dois campos em verdade não se tocassem”. Prossegue afirmando que “teremos de considerar como ‘moralmente ilegítimos’ todos os meios de prova que não sejam legítimos sob o ponto de vista jurídico”.<sup>22</sup>

O mesmo dispositivo, todavia, recebeu elogios de Egas Moniz de Aragão, mas com relação a outro aspecto, qual seja, a admissibilidade conferida pelo legislador aos meios de prova atípicos. No mesmo sentido, Eduardo Cambi aduz que esse artigo não diz respeito às provas ilícitas, mas sim aos meios de prova atípicos (que são aqueles que podem ser utilizados, ainda que não estejam previstos

---

<sup>21</sup> GRINOVER, 1998, p. 49.

<sup>22</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 300.

na lei)<sup>23</sup>. Ora, provas atípicas não necessariamente são provas ilícitas, tampouco as provas ilícitas são necessariamente atípicas. Trata-se de conceitos distintos.

Ao realizar a exegese do art. 332 do Código de Processo Civil, assim lecionou Egas Moniz de Aragão:

Convém acrescentar que o legislador agiu bem ao redigir a norma elástica, que não desce a minúcias e evita o casuísmo. A vida é por demais rica em situações inusitadas; erraria quem se imaginasse capaz de esquematizar soluções para esse problema, pois deixaria o aplicador da lei impotente frente a casos não disciplinados.<sup>24</sup>

O autor prossegue sua análise afirmando que o legislador, ao mencionar “todos os meios legais”, referiu-se a todos os meios de prova admitidos em lei. Ademais, ao admitir expressamente os “meios moralmente legítimos”, positivou a admissibilidade dos meios de prova que estão em desacordo com a lei, mas que poderiam ser justificados perante a moral. Assim, concluiu que “tanto faz, por isso, que ‘os meios moralmente legítimos’ sejam alegais ou ilegais à face do direito legislado”.<sup>25</sup>

Uma abordagem diferente é realizada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao comentar o art. 332 do Código de Processo Civil:

A legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados. Em consequência da inadmissibilidade do meio de prova que não atender ao requisito da legitimidade moral, veda-se o seu ingresso jurídico no processo, devendo o juiz abstrair-lo do conjunto probatório se, acaso, por qualquer modo, tiver sido introduzido nos autos. É de ficar desprovido de qualquer força probante, recusando-se-lhe qualquer influência na reconstituição judicial dos fatos. De outra forma, perderiam sua eficácia as normas reguladoras da admissibilidade genérica dos meios de prova. Quanto aos meios legais de prova, entende-se que o próprio legislador os considerou moralmente legítimos, não havendo como questionar a esse respeito. O problema de atendimento a esse requisito da legitimidade moral, portanto, se circunscreve aos meios de prova atípicos. Anote-se, ainda, que não se podem confundir os meios de prova moralmente ilegítimos com as fontes de prova ilicitamente obtidas, que, em virtude do art. 5º, LVI, CF, são inadmissíveis no processo. Acontece, porém, que a ilegitimidade moral a que se refere o art. 332 atinge a própria

<sup>23</sup> CAMBI, 2006, 64.

<sup>24</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. **Exegese do Código de Processo Civil**. Vol. IV-1. Rio de Janeiro: Aide. p. 73.

<sup>25</sup> Ibid., p. 78.

essência do meio de prova, enquanto a ilicitude da obtenção da fonte de prova como é aparente, lhe é extrínseca.<sup>26</sup>

Em outro sentido, Vicente Greco Filho afirma que tanto meios de prova típicos quanto atípicos podem configurar prova imoral. Um exemplo de prova típica e imoral é o depoimento de uma testemunha que exigiu dinheiro para depor.<sup>27</sup>

Luiz Francisco Torquato Avolio, por sua vez, exemplifica as provas imorais como provas obtidas mediante tortura, narcoanálise, ou através de microfones ocultos e clandestinos.<sup>28</sup> Afirma que a gravação unilateral de conversa (seja por telefone ou ambiental), na qual o autor da gravação realiza perguntas capciosas a fim de obter respostas induzidas, consiste num exemplo eloquente de prova imoral. Ressalta que há evidente má-fé de quem colhe a prova, que se utiliza de ardil, iludindo o interlocutor. Acrescenta que o dever de lealdade e boa-fé das partes, no curso do processo, estende-se ao exterior do processo, no momento da colheita da prova.

Conforme já se observou no capítulo anterior, a proibição constitucional de admissão de provas produzidas por meios ilícitos pode receber relativização em sua aplicação penal, se as circunstâncias excepcionais do caso concreto assim o exigirem, a fim de dar efetiva concretude à garantia do devido processo legal. Da mesma forma que no processo penal, há quem entenda que, no processo civil, a proibição inscrita na Constituição Federal, interpretada em conjunto com o art. 332 do Código de Processo Civil, deve ser lida com cautela.

Cumprе analisar a reação da doutrina a esse entendimento, em face da habitual distinção realizada entre processo penal e processo civil.

---

<sup>26</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Vol. IV, p. 16-19

<sup>27</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 2. p. 183-184.

<sup>28</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais**. *Revista dos Tribunais*. Ano 92. V. 818. Dez 2003. p. 47-64.

## 4.2 COMPARAÇÕES ENTRE AS ESFERAS DO PROCESSO PENAL E DO PROCESSO CIVIL

### 4.2.1 Refutando os argumentos que diferenciam o tratamento das provas no processo penal e civil

Muito se discute a respeito da equiparação do tratamento das provas no processo penal e no processo civil. Quanto à admissibilidade de provas ilícitas, é comum se afirmar que, no processo penal, há exceções que não podem ser estendidas ao processo civil, visto que o primeiro tem consequências mais gravosas do que o segundo.

No que diz respeito a diferenciações entre essas esferas, cumpre mencionar a noção de “teoria geral do processo jurisdicional”, apresentada por Eduardo Talamini. Segundo o autor:

Processo civil e processo penal instrumentalizam a atuação da mesma função estatal. Ambos têm na sua essência um sistema de garantias constitucionais em prol do jurisdicionado. Identificam-se, igualmente, na pluralidade de escopos: atuação imparcial da ordem jurídica; pacificação social; garantia da liberdade – e assim por diante.<sup>29</sup>

Tradicionalmente, apontam-se os seguintes fundamentos para justificar o tratamento diferenciado à questão da prova ilícita no processo penal:

*i) a previsão de aplicação de sanções mais graves no processo penal.* Todavia, há situações em que o processo civil prevê sanções igualmente graves, como, por exemplo, a perda do poder familiar, que é mais grave do que uma pena restritiva de direitos.

*ii) a necessidade de garantir a superioridade moral do Estado no processo penal.* No entanto, é evidente que a autoridade do Estado deve ser garantida em qualquer esfera da administração da justiça.

*iii) no processo penal, há desigualdade entre as partes, pois se presume que o indivíduo é hipossuficiente em relação ao Estado, enquanto no processo civil há*

---

<sup>29</sup> TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal.** *Revista de Processo.* São Paulo. nº 91. Ano 23. Jul./Set. 1998. p. 92.

*paridade de armas*. Contudo, o tratamento isonômico deve ser preservado em qualquer processo judicial, o que se torna possível através de mecanismos próprios de cada procedimento.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>30</sup>, ao comentar sobre o tema, ressalta que não há razões para afirmar que o processo penal tem um caráter mais “grave”, o que justificaria a exceção apenas para fins penais. Afinal, o processo civil também tutela interesses de aspectos íntimos e relevantes dos indivíduos, tais como os relativos ao direito de família. Ademais, há situações em que o processo penal tutela apenas questões patrimoniais.

O autor também demonstra que a afirmação segundo a qual o processo penal busca a “verdade real”, enquanto o processo civil visa apenas à “verdade formal”, consiste numa falácia. Aduz, de forma categórica, que “a verdade é *uma* e interessa a qualquer processo”.<sup>31</sup> Não há fundamentos, portanto, para não estender ao processo civil uma possibilidade constitucionalmente garantida ao processo penal, já que ambos têm por finalidade a busca pela verdade dos fatos.

A esse respeito, aliás, é interessante acrescentar o posicionamento de Egas Moniz de Aragão, que afirma que ninguém poderá, “em sã consciência, sustentar que o processo penal atinja a ‘verdade material’”<sup>32</sup>. O autor explica que todo processo tem por objetivo chegar à verdade dos fatos, tanto quanto possível. Desse modo, “se não o consegue não é porque sua finalidade não seja a de alcançá-la, e sim por meras circunstâncias acidentais”<sup>33</sup>. Ainda, Eduardo Talamini afirma que a verdade, como conceito absoluto, é inatingível, em virtude da falibilidade do ser humano. Destarte, o escopo do processo não é a mera reconstrução histórica, mas “a atuação do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação social que tal atuação trará”.<sup>34</sup>

Resta devidamente refutado, portanto, o argumento que fundamenta a inadmissão da prova ilícita no processo civil pois este buscaria apenas a verdade formal, enquanto o processo penal objetivaria a verdade material.

Por fim, Barbosa Moreira observa que, no que diz respeito às garantias dos litigantes, a Constituição de 1988 equiparou o processo civil ao processo penal. O

---

<sup>30</sup> MOREIRA, 1996. p. 19.

<sup>31</sup> MOREIRA, loc. cit.

<sup>32</sup> ARAGÃO, [19--], p. 84.

<sup>33</sup> ARAGÃO, loc. cit.

<sup>34</sup> TALAMINI, 1998, p. 94.



art. 5º, LV, por exemplo, não faz nenhuma distinção entre processo penal e processo civil ao garantir que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>35</sup>. Assim, argumenta que não há justificativa para a adoção de entendimento diverso no que tange à exceção à proibição de provas ilícitas.

#### 4.2.2 O art. 5º, XII, da Constituição Federal, e sua aplicabilidade ao processo civil

A redação do inciso XII do art. 5º da Constituição evidencia a preocupação do constituinte de 88 com a tutela da esfera privada. No entanto, o mesmo dispositivo traz a permissão para interceptação telefônica quando for estritamente necessário para fins penais, configurando-se assim uma ressalva à garantia de privacidade:

Art. 5º, XII. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Trata-se de uma das exceções à proibição de utilização de prova ilícita. *A priori*, uma interceptação telefônica configura uma prova ilícita, já que viola a esfera privada do indivíduo. No entanto, a própria Constituição trouxe exceção à norma, permitindo a interceptação em situações excepcionais, com o objetivo de garantir a persecução criminal.

Tal dispositivo, contudo, gerou grande polêmica na doutrina. Começou-se a questionar se a redação do inciso XII do art. 5º, numa interpretação restritiva, ressaltou a utilização da interceptação telefônica *apenas* no processo penal, deixando o processo civil à margem da permissão constitucional. Adotando-se esse entendimento, questiona-se também o fundamento para tal distinção. Indaga-se, ainda, se a distinção ocorre somente em relação à interceptação telefônica ou no que diz respeito a qualquer prova ilícita, ou seja, se a proibição de admissão de qualquer prova ilícita encontra exceção apenas no processo penal.

---

<sup>35</sup> MOREIRA, 1996, p. 19.

Ao se proceder a uma leitura restritiva e literal do dispositivo, aliada à inexistência da devida confrontação com os demais direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal, de fato, opta-se por destinar a permissão à utilização de interceptação telefônica apenas ao processo penal, o que acaba por legitimar uma superproteção do direito à intimidade e à privacidade, segundo Eduardo Cambi<sup>36</sup>.

A parte final do art. 5º, XII, que tanta discussão gera na doutrina, foi regulada pela Lei nº 9.296/96 (Lei das Interceptações Telefônicas). Tendo em vista a determinação constitucional, referida lei trata apenas da interceptação telefônica para investigação criminal e instrução processual penal. Fredie Didier Junior, contudo, discute a aplicação do disposto nessa lei ao processo civil, nos seguintes termos:

Desse modo, é perfeitamente possível a quebra de sigilo telefônico para outras modalidades processuais, como o processo civil, bastando que o magistrado, no exercício do seu controle difuso de constitucionalidade, interprete e aplique adequadamente o inciso XII do art. 5º da Constituição. A Lei Federal nº 9.296/96 regulamenta a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e de instrução processual penal. A despeito disso e dos seus inúmeros defeitos que contém, pode ser aplicada, no que couber e por analogia, às interceptações para fins de instrução do processo civil. A autorização judicial para a quebra do sigilo deve ser prévia, embora se venha admitindo, excepcionalmente, a autorização posterior (convalidação).<sup>37</sup>

No mesmo sentido, Eduardo Cambi afirma que:

Regras como a do art. 5º, inc. XII, CF, não obstante tenham dado um tratamento diferenciado ao processo penal, devem ser aplicadas também ao processo civil, em que as questões referentes à ponderação dos valores também podem e devem ser colocadas.

(...) Com efeito, o tratamento diferenciado não se justifica, porque em ambos os tipos de processos existem problemas relacionados a aspectos íntimos e privados e a violação de valores, no âmbito do processo civil, que podem ser tão essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana e ao bem-estar da sociedade quanto aqueles tutelados pelo processo penal, especialmente no processo civil brasileiro, que não tem como objeto somente o direito privado, mas também o direito público (administrativo, constitucional, previdenciário, tributário etc.), podendo, destarte, envolver o interesse de toda a coletividade.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> CAMBI, 2006, p. 96.

<sup>37</sup> DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 36.

<sup>38</sup> CAMBI, 2006, p. 96-97.

Vê-se, dessa forma, que há uma tendência doutrinária no sentido de se estender as disposições da Lei nº 9.296/96 ao processo civil, no que diz respeito à interceptação telefônica, quando as circunstâncias do caso concreto assim exigirem. Trata-se, todavia, de entendimento ainda minoritário, embora já amparado por precedente jurisprudencial.<sup>39</sup>

#### 4.2.3 Interceptação e gravação telefônica: diferenciações

As telecomunicações têm assumido importância tremenda no direito processual. A inviolabilidade das informações trocadas por indivíduos em conversas telefônicas é tutelada pela própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XII, conforme já anteriormente debatido. Demonstrou-se que a interceptação das conversas telefônicas pode ser permitida em circunstâncias especiais, havendo até mesmo quem afirme a possibilidade de tal diligência no processo civil. Todavia, a lei nada diz acerca da gravação da conversa por um dos interlocutores, o que dá ensejo para as mais diversas aceções a respeito da licitude e da moralidade de tal prática.

Luiz Francisco Torquato Avolio esclarece que a gravação clandestina pode ser efetuada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, de conversa telefônica, ou de uma conversa entre presentes (gravação ambiental). Diferentemente, a interceptação (cuja inadmissibilidade é excepcionada pelo art. 5º, XII, da Constituição) consiste em interferência de “terceira pessoa, estranha à conversa, que dela toma conhecimento ou a registra, à revelia dos seus participantes”.<sup>40</sup>

Para o autor, embora a gravação clandestina não seja propriamente ilícita (por inexistir proibição legal a seu respeito), consiste em prova *imoral*. Justamente por estar revestida desse caráter de imoralidade, possui uma natureza extrínseca ao direito, de modo que não possui nenhum valor jurídico e deve ser banida do processo. O Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento nesse sentido, no acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº 2.194-0 / RJ (Publicado

---

<sup>39</sup> Conforme notícia veiculada pelo site do Superior Tribunal de Justiça, mencionada no Capítulo 6 deste trabalho.

<sup>40</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais. Revista dos Tribunais**. Ano 92. V. 818. Dez 2003. p. 47-64.

em 01/07/1996, Quarta Turma, Relator Ministro Bueno de Souza), no qual se afirmou que “A gravação clandestina, em fita magnética, de conversa telefônica, não é meio de prova legal e moralmente legítimo”.<sup>41</sup>

Nelson Nery Junior, por sua vez, tem posicionamento diverso. O autor afirma que devem ser evitados os extremos. Aduz que não cabe negativa peremptória de validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação, ao mesmo tempo em que não se deve aceitar qualquer gravação fonográfica ou televisiva. Segundo o doutrinador, deve haver uma tese intermediária, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, a fim de determinar se, no caso concreto, deve haver sacrifício dos direitos de privacidade e intimidade para privilegiar outros direitos em colisão.<sup>42</sup>

No entanto, a tendência da jurisprudência e da doutrina brasileira, principalmente no processo civil, tem sido a de admitir como válida a gravação clandestina.

#### 4.3 PROVA PRODUZIDA NO PROCESSO PENAL E EMPRESTADA AO PROCESSO CIVIL

Consoante os ensinamentos de Eduardo Talamini, é possível transportar a produção de probatória de um processo para outro, dando origem àquilo que se denomina “prova emprestada”. Trata-se de uma forma de aproveitamento da atividade probatória desenvolvida em processo anterior.<sup>43</sup>

Para que seja possível tal aproveitamento, determinados requisitos devem ser observados. Destaca-se que é imprescindível que as partes do segundo processo tenham exercido o contraditório quando da produção da prova no primeiro processo. Vale dizer, as partes devem ser as mesmas em ambos os processos, de modo que seja plenamente respeitado o contraditório.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Ressalte-se, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça tem modificado esse entendimento em julgamentos mais recentes, conforme se depreende da análise de jurisprudência realizada no Capítulo 6 deste trabalho.

<sup>42</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>43</sup> TALAMINI, 1998, p. 93.

<sup>44</sup> Ibid., 95.

Pressupondo, assim, a admissão do emprego da prova emprestada, surge a possibilidade de utilização, no processo civil, de prova cuja produção é permitida apenas no processo penal. Por exemplo, conforme já demonstrado, a maior parte da doutrina reluta em admitir a interceptação telefônica no processo civil. Contudo, indaga-se a respeito da possibilidade de utilizar, no processo civil, interceptação telefônica já produzida em ação penal, a título de prova emprestada.

Destaca-se o entendimento de Eduardo Talamini, no sentido de que “estrutural’ e ‘funcionalmente’ a prova civil e a penal não se distinguem (razão pela qual – antecipe-se – não há nenhum óbice ao traslado de prova de um para o outro, desde que cumpridos os requisitos).”<sup>45</sup>

A favor da utilização da prova emprestada nessa circunstância específica, José Carlos Barbosa Moreira argumenta que, “uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto.” O autor, contudo, apresenta também um argumento contrário a essa tese, aduzindo que “talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...”<sup>46</sup>

Fredie Didier Jr., por seu turno, menciona precedente do Supremo Tribunal Federal que admite o traslado de interceptação telefônica devidamente autorizada na esfera penal como prova emprestada para procedimento administrativo. Trata-se do Inquérito nº 2424, noticiado no Informativo nº 464 de 2007, no qual:

(...) considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar (...) equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível à gravidade do eventual ilícito administrativo.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> TALAMINI, 1998, p. 95.

<sup>46</sup> MOREIRA, 1996, p. 20.

<sup>47</sup> DIDIER JUNIOR, 2009, p. 37.

O autor acrescenta que, no aresto mencionado, afirmou-se que o ilícito penal gera repercussões na esfera administrativa, a qual também comporta ilícitos que devem ser apurados e sancionados na forma da lei. Assim, uma vez que a intimidade já foi devassada, não cabe alegar a preservação da intimidade como um fundamento para impedir que haja a utilização dessa prova essencial.

No sentido da admissibilidade da utilização, no processo civil, da prova produzida no processo penal, também leciona Nelson Nery Junior. O autor entende que a natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Destarte, na hipótese de interceptação telefônica, uma vez determinada no processo penal, pode ser utilizada no processo civil, segundo o autor. Acrescenta, ainda, que tal admissão se dá em virtude da unidade da jurisdição e da teoria geral da prova.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> NERY JUNIOR, 2004. p. 203.

## 5 A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 5.1 ORIGENS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, tal como hoje é compreendido, encontra suas raízes no Direito Público alemão, mais especificamente na seara do Direito Administrativo, em fins do século XVIII. Segundo Walter Jellinek, atribui-se a Suarez a formulação do princípio da proporcionalidade, durante uma conferência proferida em 1791, nos seguintes termos: “O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”<sup>49</sup>.

Deve-se observar que o conteúdo do princípio da proporcionalidade somente pode ser compreendido a partir da concepção do Estado de Direito. Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado de Direito deixou de ser doutrinariamente vinculado ao princípio da *legalidade*, e passou a ser concebido a partir do princípio da *constitucionalidade*. Deslocou-se, assim, o centro de gravidade da ordem jurídica para o respeito dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade assumiu maior importância, pois passou a representar um traço distintivo do Estado de Direito. O princípio, originariamente concebido no Direito Administrativo, converteu-se em princípio constitucional, graças à doutrina e a jurisprudência de países como Alemanha e Suíça. Paulo Bonavides destaca a importância da constitucionalização do princípio da proporcionalidade nos seguintes termos:

Com a introdução do princípio da proporcionalidade na esfera constitucional, o constitucionalismo mergulhou a fundo na existencialidade, no real, no fático, sendo contraditórias desse processo todas as Constituições que, por demasiado formalismo, põem a confiança de sua eficácia e normatividade na extensão do texto, na quantificação prolixa de artigos e parágrafos, como se esse fora o critério de qualidade dos estatutos fundamentais.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 407.

<sup>50</sup> Ibid., p. 424.

A primeira obra clássica de sistematização do princípio da proporcionalidade data de 1955, e é de autoria de Rupprecht Von Krauss.

Destaca-se que o princípio alemão da proporcionalidade em muito se assemelha à construção jurisprudencial da razoabilidade, característica das manifestações da Suprema Corte americana.<sup>51</sup>

Hodiernamente, a jurisprudência constitucional de vários países da Europa faz uso frequente desse princípio. Há uma tentativa, por parte da doutrina, de consolidação do princípio da proporcionalidade como regra fundamental de proteção dos direitos fundamentais e princípio essencial da Constituição, caracterizando, assim, um novo Estado de Direito.

## 5.2 DIFERENTES CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A fim de compreender a aplicação da proporcionalidade na matéria relativa às provas ilícitas, cumpre tecer comentários gerais acerca da concepção desse princípio.

Ao proceder a uma tentativa de definição do princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides se utiliza da advertência de Xavier Philippe, que afirma que “há princípios mais fáceis de compreender do que definir. A proporcionalidade entra na categoria desses princípios”.<sup>52</sup>

Trata-se de um princípio abundantemente utilizado na doutrina e jurisprudência, mas de difícil apreensão conceitual. De todo modo, seguem diversos entendimentos doutrinários a esse respeito.

Alexandre De Moraes menciona a lição de Luiz Francisco Torquato Avolio no que tange ao princípio da proporcionalidade, conforme segue:

É, pois, dotada de um sentido técnico no direito público a teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a

<sup>51</sup> GRINOVER, 1998, p. 49.

<sup>52</sup> BONAVIDES, 2010, p. 392.



existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.<sup>53</sup>

Paulo Bonavides explica que o princípio da proporcionalidade “se caracteriza pelo fato de se presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. Ensina que se verifica violação ao princípio da proporcionalidade quando os meios utilizados para atingir um fim não são apropriados, ou quando há manifesta e evidente desproporção entre meios e fins. Portanto, trata-se de princípio que institui a relação entre meio e fim, de modo a possibilitar um controle do excesso.<sup>54</sup>

Desse modo, considera que a proporcionalidade é mais do que um critério ou elemento de juízo utilizado para afirmar consequências jurídicas. Trata-se, no seu entender, amparado pela doutrina estrangeira<sup>55</sup>, de “princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade”<sup>56</sup>, uma vez que sua utilização consiste em garantia a ser observada na hipótese de lesão a direitos e liberdades.

Por esse motivo, o princípio da proporcionalidade, para referido autor, se encontra vinculado ao Direito Constitucional por meio dos direitos fundamentais. É na seara dos direitos fundamentais que o princípio da proporcionalidade exerce sua principal função, qual seja, efetivação da proteção à liberdade aos direitos fundamentais.

Trata-se, destarte, de um “princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito”<sup>57</sup>. Não constitui um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade. É uma garantia fundamental, consubstanciada num princípio geral de direito. Assim, nas palavras de Paulo Bonavides, “é mesmo no

---

<sup>53</sup> AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 53. Apud MORAES, 2006, p. 99.

<sup>54</sup> BONAVIDES, 2010, p. 393.

<sup>55</sup> PENALVA, Ernesto Pedraz, **Constitución, Jurisdicción y Proceso**, apud BONAVIDES, p. 342-343.

<sup>56</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 395.

<sup>57</sup> Ibid., p. 401.

Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação”<sup>58</sup>.

José Cretella Neto entende que o princípio da proporcionalidade tem dois fundamentos: há um fundamento político, na concepção de Estado de Direito, e um fundamento jurídico, derivado do conceito de devido processo legal.<sup>59</sup>

Em um sentido mais estrito, especificamente na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade consiste em “princípio jurídico material, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma”<sup>60</sup>, consoante a lição de Karl Larenz. Assim, a proporcionalidade determina que a lesão de um bem não pode ultrapassar um limite de estrita necessidade, privilegiando, dessa forma, outro bem ou objetivo jurídico reconhecido, na situação fática em análise, como de grau superior. Ocorre, assim, a ponderação de bens no caso concreto.

Do mesmo modo, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é identificado por Robert Alexy como um princípio geral de direito, que funciona como método de ponderação de bens na hipótese de colisão de direitos fundamentais.<sup>61</sup> Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire concluem, com base nos entendimentos acima demonstrados de Karl Larenz e Robert Alexy, que:

É a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o ‘sopesamento’ dos direitos fundamentais assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão.<sup>62</sup>

Nesse mesmo sentido leciona Luís Roberto Barroso, ao afirmar, quanto ao princípio da proporcionalidade, que se trata de uma verificação de custo-benefício da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> BONAVIDES, 2010, p. 402.

<sup>59</sup> CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 347.

<sup>60</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução da 5ª ed. alemã, de 1983, por José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 501.

<sup>61</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da. GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 239.

<sup>62</sup> Ibid., p. 239.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 208-209.

Paulo Bonavides considera que uma das principais potencialidades contidas no princípio da proporcionalidade é sua utilização como instrumento de interpretação, diante de antagonismos entre direitos fundamentais. Nessa circunstância, o princípio da proporcionalidade é apropriado para buscar soluções conciliatórias em casos de conflitos.<sup>64</sup>

Por outro lado, há doutrinadores, como Humberto Ávila, que afirmam que a proporcionalidade não consiste num princípio, mas num *postulado normativo aplicativo*.<sup>65</sup> Trata-se, dessa forma, de normas de segundo grau que estruturam a aplicação de outras normas. Tais normas têm por objetivo o estabelecimento de critérios de aplicação dos princípios e das regras. Ou seja, são parâmetros para a realização de outras normas.

Assim, explica Humberto Ávila que no exame de proporcionalidade há uma investigação da norma que institui a intervenção a fim de verificar se “o princípio que justifica a sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos”. A aplicação da proporcionalidade consiste naquilo que se denomina de *metanorma*.

Vê-se, desse modo, que predomina na doutrina a compreensão do princípio da proporcionalidade em sentido estrito como um instrumento para se proceder à ponderação de bens no caso concreto, na hipótese de colisão de direitos fundamentais.

### 5.3 TRÍPLICE CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE, PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A doutrina constatou que o princípio da proporcionalidade é composto de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios. Trata-se das noções de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, 2010, p. 425.

<sup>65</sup> ÁVILA, Humberto. **Princípios e regras e a segurança jurídica**. *Revista de Direito do Estado*. nº 1. Jan/mar 2006. p.195.

A respeito da *adequação*, diz-se que determinada medida deverá representar o meio certo para se alcançar um fim baseado no interesse público. É dentro dessa noção que se enquadra a vedação do arbítrio, pois se deve verificar a pertinência entre meios e fins, bem como a aptidão do meio para se atingir o fim almejado.

A *necessidade* consiste em se afirmar que a medida não excederá os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo a que se busca. Também chamado de *exigibilidade*, esse subprincípio “impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para atingimento dos fins visados”.<sup>66</sup>

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* “exige uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido”.<sup>67</sup> Vale dizer, deve haver uma ponderação entre o ônus exigido e o benefício trazido, de modo a se constatar se a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos é justificável.

Luís Roberto Barroso menciona a síntese elaborada por Willis Santiago Guerra Filho, nos seguintes termos:

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.<sup>68</sup>

Ressalta-se que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é particularmente identificado com a ponderação de bens, na hipótese de colisão de direitos fundamentais. Segundo a lição de Karl Larenz, a ponderação de bens é um processo racional e comprovável, e não simplesmente matéria de sentimento jurídico, já que se encontra respaldada no princípio da proporcionalidade.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> BARROSO, 1998, p. 209.

<sup>67</sup> CLÈVE, 2003, p. 239.

<sup>68</sup> BARROSO, op. cit., p. 209.

<sup>69</sup> LARENZ, 1983, p. 501.

#### 5.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O princípio da proporcionalidade não está escrito expressamente no texto constitucional de 1988. Todavia, a doutrina afirma que “urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial”.<sup>70</sup> Ainda que não seja norma geral de direito escrito, o princípio da proporcionalidade, no Brasil, existe como norma esparsa no texto da Constituição Federal.

Considera-se que o princípio da proporcionalidade tem por vocação a compatibilização das realidades não captadas pelo formalismo jurídico. Deve-se, desse modo, reconhecê-lo como princípio constitucional implícito, já que tem aptidão para “acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade”<sup>71</sup>, conferindo a ele a mais larga esfera possível de incidência. Vislumbra-se, assim, um direito constitucional projetado sobre a vida concreta.

#### 5.5 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A norma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal foi elaborada num contexto de transição democrática, e teve como objetivo evitar as violações a direitos fundamentais cometidas no regime ditatorial até então vigente. Desse modo, é natural que tenha havido esforços no sentido de consagrar uma regra que coibisse excessos. Todavia, deve-se ter o cuidado de não atribuir caráter absoluto à proibição contida nessa regra, a fim de evitar que sejam cometidos abusos em outro extremo.

Afinal, é possível que um sujeito tenha como único substrato probatório a seu favor uma prova obtida por meio ilícito. Nessa situação limite, a proibição da utilização desse meio de prova pode significar uma violação do direito à prova e, conseqüentemente, da garantia constitucional do devido processo legal.

---

<sup>70</sup> BONAVIDES, 2010, p. 434.

<sup>71</sup> Ibid., p. 435.

É evidente que nem mesmo nessa situação limite devem ser assumidas posições categóricas a respeito da admissibilidade de uma prova ilícita. Não seria possível afirmar que sempre que a única prova existente for ilícita tal prova deve ser admitida. Da mesma forma como não se pode admitir que a vedação constitucional é absoluta, não há como elencar situações *a priori* de admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Ora, qualquer tentativa de conceder caráter absoluto a uma dessas situações – vedação ou admissibilidade das provas ilícitas – inviabilizaria o direito à prova. É possível que na circunstância apresentada ao Poder Judiciário, a vedação da prova ilícita (ou a sua admissão) signifique uma violação de outros valores constitucionais que se demonstram mais relevantes no caso concreto.

Trata-se, destarte, de uma situação jurídica cuja complexidade demanda posições flexíveis, pois o emprego de fórmulas apriorísticas não seria suficiente para solucionar o caso concreto.

A admissibilidade no processo civil de uma prova obtida por meio ilícito consiste numa situação extrema, excepcional, e sua determinação ocorrerá apenas quando se verificar, no caso concreto, que o direito violado no momento da obtenção da prova ilícita deve ceder face ao direito a ser provado com referida prova.

Desse modo, o juízo deve proceder a uma tentativa de ponderação, de harmonização dos interesses em conflito, a fim de verificar qual deles, no caso em apreço, deve prevalecer. Nessa situação, faz-se necessária uma interpretação sistemática da Constituição.

O critério que irá definir tal ponderação de princípios será a proporcionalidade, que funcionará como um mecanismo de determinação do princípio a prevalecer no caso concreto.

Nessa circunstância, o princípio da proporcionalidade se presta a equilibrar os valores constitucionais conflitantes, a fim de determinar qual deles deverá prevalecer, em detrimento do outro. Funciona, assim, como uma espécie de fórmula, que permite a harmonização dos valores e interesses abstratamente previstos na Constituição, e que podem entrar em conflito nas circunstâncias concretas.

Ademais, o princípio da proporcionalidade permite uma abertura do sistema jurídico, pois, através de uma interpretação teleológica, é possível obter resultados mais justos. Como anteriormente demonstrado, o princípio da proporcionalidade é

instrumento apto a superar o formalismo jurídico, de modo a aproximar o texto constitucional da realidade concreta.

Assim, ao se admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, delega-se ao juiz a possibilidade de permitir a produção de determinado meio de prova que, *a priori*, seria contrário ao direito. Ressalte-se que, embora haja uma ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, na hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade, não se verifica um abalo do princípio da separação dos poderes, conforme autorizada doutrina.<sup>72</sup>

José Carlos Barbosa Moreira ensina que, por meio do princípio da proporcionalidade, deve-se verificar se a transgressão é efetivamente necessária, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte. Ainda, é importante analisar se, no caso concreto, havia a possibilidade de provar a alegação através de meios probatórios regulares, e se a infração na produção da prova foi proporcional ao benefício trazido à instrução processual.<sup>73</sup> Trata-se de uma aplicação concreta, no processo civil, da teoria da tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade anteriormente demonstrada.

Quanto a isso, devem-se distinguir duas hipóteses: é possível aventar que a parte, a fim de provar suas alegações, requeira ao juiz o deferimento da produção de determinada prova que, a princípio, não é permitida pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, costuma-se afirmar que não se verifica uma verdadeira ilicitude, pois há uma autorização judicial prévia à produção da prova. Eduardo Cambi<sup>74</sup> menciona, como exemplo dessa hipótese, o requerimento para exumação de um cadáver para realização de prova de DNA. Se há autorização judicial, ocorre uma simples exumação, e não se fala em prova ilícita. Mas, se a parte promove a exumação sem autorização judicial, poderia incorrer nas figuras típicas de violação ou profanação de sepultura ou de urna funerária (art. 210 do Código Penal) ou de destruição, subtração ou ocultação de cadáver ou parte dele (art. 211 do Código Penal), restando configurada a ilicitude da prova.

Por outro lado, há a possibilidade excepcional de admissão da prova ilícita já produzida se, ao observar o caso concreto, o juiz concluir que o direito a ser tutelado deve prevalecer em detrimento da esfera jurídica violada pela produção da prova.

---

<sup>72</sup> BONAVIDES, 2010, p. 399.

<sup>73</sup> MOREIRA, 1996, p. 13.

<sup>74</sup> CAMBI, 2006, p. 73.

Trata-se da hipótese em que se aplicará o princípio da proporcionalidade *a posteriori*.

Eduardo Cambi<sup>75</sup> defende que tal aplicação do princípio da proporcionalidade é prerrogativa apenas da autoridade judicial, de modo que o árbitro, por exemplo, não poderá proceder a esse tipo de análise. Do mesmo modo, outros agentes públicos não investidos de função jurisdicional também não poderiam se valer do referido princípio. O autor explica sua posição argumentando que, se qualquer pessoa estivesse apta a realizar tal aplicação, haveria um incentivo à prática da ilicitude, além de se configurar uma legitimidade para a autotutela em detrimento da função jurisdicional. Essa exclusividade de aplicação do princípio da proporcionalidade pela autoridade judicial redundaria na sua especificidade, de modo que a aplicação estará de fato submetida à apreciação do caso concreto.

A doutrina delinea três pressupostos para a aplicação do princípio da proporcionalidade: i) clara determinação dos valores em jogo; ii) prioridade do elemento normativo a ser utilizado; iii) proporção entre o meio empregado e os fins perseguidos<sup>76</sup>.

Demonstra-se, assim, que a aplicação do princípio da proporcionalidade, por vezes, é necessária para a consecução de uma decisão judicial mais justa, com respeito efetivo ao devido processo legal. Por exemplo, a quebra do sigilo bancário pode instrumentalizar a investigação de um ato de improbidade administrativa, ensejando perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento pecuniário ao erário por parte do servidor público faltoso. Caso se privilegiasse a intimidade e privacidade do servidor público, haveria impunidade e a Administração Pública (consequentemente, toda a sociedade) seria prejudicada.

Ainda assim, a invasão a uma esfera jurídica privada, sob a aplicação do princípio da proporcionalidade, deve ser equilibrada, a fim de que ocorra dentro dos limites do estritamente necessário. No exemplo acima, é preciso que a quebra do sigilo bancário se limite à investigação de um fato certo e determinado. Caso contrário, poderia se verificar extrapolação dos limites da razoabilidade, violando a intimidade do servidor público além do limite necessário para a investigação.

---

<sup>75</sup> CAMBI, 2006, p. 75-76.

<sup>76</sup> Ibid., p. 76.



É importante ressaltar, conforme bem delineado por Eduardo Cambi<sup>77</sup>, que a aplicação do princípio da proporcionalidade não tem por objetivo a ampliação do campo probatório, mas a confrontação dos valores em conflito. Desse modo, prevalece a relatividade do direito à prova, de modo que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado inclusive para a restrição desse direito.

Em que pese toda essa construção acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de admissão de uma prova ilícita no processo civil, há doutrinadores com diversas opiniões a esse respeito. Há quem não admita a prova ilícita em hipótese alguma; há quem a admita de forma absoluta; há também aqueles que defendem sua admissibilidade apenas no processo penal, e apenas a favor do acusado. No entanto, é majoritária a doutrina que defende a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução desse conflito.

No contexto anterior à Constituição Federal de 1988, Egas Moniz de Aragão já defendia a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de admissão da prova ilícita no processo civil, desde que fosse respeitada a norma do art. 332 do Código de Processo Civil, ou seja, desde que a prova fosse “moralmente legítima”. Nas suas palavras:

Parece recomendável a orientação atual dos tribunais alemães, que sustentam dever ser admitida a prova ilegalmente obtida se, ao ver do julgador, esse for o único meio possível e razoável de proteger valores mais urgentes e fundamentais – “princípio da proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), denominam-no os juristas alemães. O certo é que não faz sentido deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova por meios ortodoxos. A adoção dessa orientação, contudo, deve subordinar-se à ressalva, decorrente da exigência da lei brasileira, de o método empregado na obtenção da prova ser “moralmente legítimo”, isso é, justificar-se perante as regras morais aceitas na época e no meio em que os fatos se passarem, pois é irrecusável que o conceito de meios “moralmente” legítimos varia no tempo e no espaço; trata-se de um *standard* que o intérprete da lei (*máxime* o julgador), subordinará a padrões jurídicos, filosóficos, políticos etc.<sup>78</sup>

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma disposição categórica a esse respeito, mas isso não impediu que a tese da aplicação do princípio da proporcionalidade ganhasse força na doutrina.

---

<sup>77</sup> CAMBI, 2006, p. 80.

<sup>78</sup> ARAGÃO, [19--], p. 82-83.

Na opinião de Fredie Didier Junior<sup>79</sup>, a aplicação do princípio da proporcionalidade é a posição mais correta. O autor considera que, diante de um conflito entre o direito à prova e a vedação da prova ilícita, ou seja, entre normas de direitos fundamentais, a solução deve ser encontrada de modo casuístico. Vale dizer, a resolução do conflito se dá através da ponderação dos interesses em jogo, à luz do princípio da proporcionalidade.

Fredie Didier Junior entende que aqueles que assumem uma posição absoluta diante da prova ilícita, seja para admiti-la sempre ou para nunca admiti-la, cometem o equívoco de considerar de modo apriorístico os direitos em conflito. Todavia, tais direitos não são absolutos, consoante a teoria dos direitos fundamentais, de modo que não se sustenta, no entender do autor, qualquer posicionamento rígido com relação à (in)admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>80</sup>, por sua vez, ressalta que as normas constitucionais se articulam num sistema, e que o equilíbrio desse sistema pode exigir que, em determinadas situações, seja tolerado algum detrimento dos direitos por ele garantidos. O conflito entre interesses e valores inspirados pelo sistema constitucional é frequente, de modo que se afigura impraticável conferir sempre igual proteção a todos. A harmonia do sistema depende da limitação dos direitos. Dessa forma, o autor aponta que não é razoável sobrepor sempre a preservação da intimidade ou da privacidade ao direito de provar alegações em juízo. Considera, destarte, conveniente delegar ao juiz a flexibilidade necessária para averiguar, no caso concreto, qual deles deverá prevalecer. Apenas através de atenta ponderação comparativa dos interesses em conflito no caso concreto será possível alcançar solução conforme à Justiça. Defende, portanto, o recurso ao princípio da proporcionalidade.

A lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>81</sup> ressalta que o princípio da proporcionalidade é imbuído de um subjetivismo que pode acarretar sérios riscos. No entanto, reconhece que os tribunais alemães têm admitido a prova ilícita baseando-se no critério da proporcionalidade, em casos excepcionais. Menciona que diversos autores consideram o princípio da proporcionalidade como um

---

<sup>79</sup> DIDIER JUNIOR, 2009, p. 34.

<sup>80</sup> MOREIRA, 1996, p. 15-16.

<sup>81</sup> GRINOVER, 1998, p. 49.

instrumento necessário para a salvaguarda de valores conflitantes, em situações cuja excepcionalidade assim o exigisse. Dessa forma, seria conveniente admitir uma prova ilícita, quando a inadmissibilidade ensejasse um resultado desproporcional, inusitado ou repugnante.

José Cretella Neto<sup>82</sup> relembra que os tribunais alemães recorrem ao princípio da proporcionalidade para abrandar a vedação absoluta à utilização da prova ilícita. Utiliza-se a “lei da ponderação” para interpretar a norma jurídica segundo um critério valorativo de comparação entre os bens jurídicos em conflito, trazendo, assim, a solução mais justa para o caso concreto.

No campo do direito constitucional, há também doutrinadores que defendem a atenuação da vedação das provas ilícitas. Alexandre de Moraes<sup>83</sup> afirma que a adoção do princípio da proporcionalidade pode corrigir distorções provocadas pela rigidez da exclusão das provas ilícitas. Ressalta o autor que nenhuma liberdade pública é absoluta, portanto, casos excepcionais e extremamente graves podem ensejar a admissibilidade de uma prova produzida por meio ilícito. Ao se constatar que o direito tutelado pela prova ilícita é mais importante, no caso concreto, do que o direito à intimidade, segredo ou liberdade de comunicação, deve-se permitir a utilização da prova ilícita, segundo o constitucionalista. O autor sublinha, todavia, que a inadmissibilidade das provas ilícitas é a regra, que somente pode ser excepcionada quando um juízo de proporcionalidade assim o permitir, mantendo-se o respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita das provas.

Todavia, deve-se mencionar que a doutrina também traz posicionamentos contrários à utilização da proporcionalidade como instrumento de admissão das provas ilícitas. Luís Roberto Barroso<sup>84</sup> chama a admissibilidade da prova ilícita de “patologia nacional”. Para o constitucionalista, qualquer discussão a respeito do tema perde relevância diante do texto constitucional que proíbe categoricamente a utilização de provas ilícitas. Entende o autor que, em virtude da disposição do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, não há espaço para a discricionariedade do julgador. Assim, resta vedada qualquer possibilidade de ponderação de bens e valores em

---

<sup>82</sup> CRETELLA NETO, 2006, p. 347.

<sup>83</sup> MORAES, 2006, p. 98-99.

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215-222.

conflito. Considera que a própria Constituição elegeu o valor mais elevado, qual seja, a segurança das relações sociais, que sempre deve prevalecer. Dessa forma, a proscrição da prova ilícita, para ele, é absoluta.

Acrescenta que não há margens para aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que o constituinte não permitiu, em seu entender, nenhuma exceção. Defende que o sistema constitucional brasileiro não admite nenhuma prova ilícita, ainda que os fatos por ela apurados sejam relevantes, pois a prova ilícita estaria eivada de inconstitucionalidade, já que viola uma norma constitucional.

Assim, o autor classifica qualquer admissão de prova ilícita como “violação da disciplina constitucional da matéria”. Ainda que com o respaldo do princípio da proporcionalidade, qualquer decisão nesse sentido, no seu entender, violaria a disposição constitucional expressa, além de ser inconveniente diante da realidade político-institucional brasileira. O autor ressalta o caráter subjetivo de toda a atividade interpretativa, o que pode gerar riscos quando se excepciona um texto normativo claro. Defende, assim, a interpretação gramatical do texto constitucional.

Em suma, o autor considera arriscado proceder à flexibilização de uma proibição, tendo em vista, principalmente, os antecedentes do país, em que é muito comum que as exceções se tornem regras (como, por exemplo, as medidas provisórias). A isso se deve, segundo o constitucionalista, a ausência de um sentimento constitucional consolidado.

Por fim, o autor demonstra seu receio em amenizar a proibição das provas ilícitas, pois acredita que a sociedade brasileira não está completamente amadurecida e ainda apresenta resquícios das arbitrariedades comuns no contexto de ditadura militar. Em suas palavras:

Não percorremos, ainda, os ciclos do amadurecimento e da civilização. Impõe-se, por esta razão, algum radicalismo principiológico. Os temperamentos e atenuações terão de vir depois. Precisamos nos libertar, primeiro, do estigma da doutrina de exceção: na sala a retórica humanista, nos fundos o *pau de arara*.<sup>85</sup>

Trata-se, como se vê, de posicionamento minoritário na doutrina.

Assim, o direito à prova é caracterizado pela liberdade, pois o legislador não poderia prever formas de restringi-lo de modo absoluto, tampouco formas de

---

<sup>85</sup> BARROSO, 2002, p. 222.

admissão absoluta de qualquer meio de prova, sob pena de transformar o processo num campo de batalhas sem qualquer regramento, gerando assim total insegurança jurídica às partes. Ou seja, o direito à prova implica às partes a possibilidade de demonstrar suas alegações com liberdade, sem restrições desarrazoadas ou injustificadas.

Portanto, demonstra-se defensável a tese segundo a qual provas obtidas por meios ilícitos podem ser utilizadas no processo civil, desde que, no caso concreto, o juiz proceda à aplicação do princípio da proporcionalidade, e conclua que o bem jurídico violado pela obtenção da prova deve ceder em face do direito a ser tutelado pelo meio de prova ilícito.

## 5.6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO ESPECÍFICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

No âmbito do direito de família, as questões processuais assumem uma natureza peculiar, em virtude dos interesses tutelados. Não se trata, como se sabe, da tutela de meros interesses individuais de cônjuges, ascendentes ou descendentes. Está em jogo a própria intangibilidade da instituição familiar, à qual se atribui um valor transcendental.

Por esse motivo, quando se debate processualmente o direito de família, há uma série de prerrogativas diferenciadas aos litigantes, e diversos princípios do ordenamento assumem uma conotação especial. Como bem exemplificou Rolf Madaleno<sup>86</sup>, no juízo de família podem ser auscultadas pessoas que normalmente são impedidas de depor, como o cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais, quando não for possível obter a prova de outra forma.

Torna-se, assim, mais fácil admitir, no juízo de família, provas normalmente tidas como ilícitas, principalmente quando estiverem em jogo interesses de menores. Procedimentos probatórios normalmente repudiados no processo, como coleta clandestina de gravações, sejam telefônicas ou ambientais, afiguram-se, por vezes, indispensáveis para a concretização do melhor interesse da criança, quando são debatidos em juízo casos de maus-tratos físicos ou mentais, ou de abusos sexuais.

---

<sup>86</sup> MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores.** Revista Jurídica. São Paulo. n 400. jan. 2011. p. 35-50.

Não seria razoável inadmitir a invasão da esfera de privacidade dos pais quando a dignidade, segurança, integridade física e educação de menores estão do outro lado da balança. Trata-se, evidentemente, de situação em que a aplicação do princípio da proporcionalidade se faz necessária para se admitir uma prova que, ainda que *a priori* seja ilícita, é indispensável para concretizar tais garantias aos menores.

Há diversas situações em que o magistrado pode realizar uma ponderação de valores no direito de família: exumação de cadáver para a realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade; quebra de sigilo bancário para averiguar a capacidade econômico-financeira do devedor de alimentos; gravação clandestina de conversa de ex-cônjuge a fim de comprovar idoneidade para a guarda dos filhos etc., dentre outros casuísmos que a complexidade e a dinamicidade da realidade podem ensinar.

Rolf Madaleno destaca que, nesses exemplos extraídos da prática processual do juízo de família, pode haver uma relativização da proibição constitucional da admissão de provas ditas ilícitas sempre que tal procedimento for necessário para a solução da demanda. Mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, potencializa-se a proteção à dignidade da pessoa humana.

Também afirmam Fabrício Veiga Costa e Plauto Rino Pompeu que, no direito de família, quando as provas ilícitas forem as únicas capazes de retratar a verdade, elas podem ser admitidas, principalmente quando a demanda envolver interesses de menores impúberes.<sup>87</sup>

Lucio Grassi Gouveia aborda a questão do direito de família de maneira interessante. Em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Processual<sup>88</sup>, o autor apresenta o seguinte problema, a ser resolvido mediante a aplicação da teoria da tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade:

Numa ação de guarda de menor movida pelo pai, deve ser julgado procedente o pedido quando houver prova nos autos, obtida através de gravação clandestina, de que o menor sofria abusos sexuais por parte do pai, um desequilibrado mental, mesmo esse genitor tendo sido considerado

---

<sup>87</sup> COSTA, Fabrício Veiga. POMPEU, Plauto Rino. **(Im)possibilidade jurídica de utilização de provas ilícitas no processo civil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n 94. Jan. 2011. p. 9-27.

<sup>88</sup> GOUVEIA, Lucio Grassi. **O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. n 7. Out. 2003. p. 47-54

normal por testes psicológicos realizados por ordem judicial e demais meios de prova utilizados?

A partir desse problema proposto, e sob o enfoque dos subprincípios da proporcionalidade, o autor faz três indagações. Em primeiro lugar, ressalta que a Constituição confere ao pai o direito à privacidade, e ao ser humano em formação o direito à dignidade e ao respeito. Desse modo, há alguma justificativa para a limitação do direito de privacidade do pai, ou seja, é adequado restringir o direito do pai para concretizar o direito da criança? Ainda, essa escolha é indispensável, é necessária, ou há outro meio de atingir o mesmo propósito? Por fim, existe um equilíbrio entre as vantagens obtidas e os prejuízos gerados no caso concreto, ou, dito de outro modo, os meios escolhidos são razoáveis em relação ao resultado desejado?

O autor afirma que as três indagações possuem resposta positiva. Ressalta que não é possível realizar uma valoração abstrata dos bens em jogo, uma vez que cada situação concreta apresenta suas peculiaridades, nas quais os bens terão pesos variáveis. No exemplo apresentado, a ponderação dos valores em jogo, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, traria um resultado mais eficaz à concretização dos direitos envolvidos.

A Constituição Federal, em seu art. 226, conferiu à família o status de “base de toda a sociedade”, o que denota a relevância da família no ordenamento jurídico brasileiro. O direito processual, evidentemente, não deve ficar alheio a esse fato. Quando se afirma que, por vezes, a concretização do devido processo legal demanda a relativização da proibição das provas ilícitas, isso se torna uma verdade ainda mais palpável no âmbito do direito de família, que tutela bens jurídicos tão caros à sociedade.

## **6 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA PROVA ILÍCITA**

Uma das consequências do avanço tecnológico é a facilidade na invasão da esfera privada dos indivíduos, o que tornou mais comum o fenômeno das provas ilícitas. Assim, o processo judicial não pode permanecer alheio às inovações tecnológicas, impondo limites à sua utilização ao mesmo tempo em que se utiliza delas quando se demonstrar necessário.

Como instrumentos da tecnologia que são utilizados a serviço do processo, é possível mencionar as gravações clandestinas, interceptações telefônicas, informações obtidas através das redes sociais na internet ou exames de DNA.

Evidentemente, o manejo desses instrumentos demanda certo cuidado, de modo a não ensejar a ilicitude da prova em virtude da violação da intimidade ou da privacidade de indivíduos. Há casos, entretanto, em que apesar de se verificar efetivamente tal violação, um juízo de proporcionalidade a ser realizado no caso concreto aponta para a admissibilidade da prova.

Conforme se demonstrou, a doutrina tem ampla aceitação do princípio da proporcionalidade como forma de admitir provas ilícitas, tanto no processo penal, quanto no processo civil. A resistência doutrinária ao emprego do princípio da proporcionalidade é minoritária.

Há reflexos significativos desse entendimento na jurisprudência pátria. Não se pode dizer que os Tribunais têm adotado o princípio da proporcionalidade com a mesma facilidade encontrada pela doutrina. Todavia, há precedentes nesse sentido, e pode-se afirmar que há uma tendência a tornar ainda mais ampla a sua utilização.

Parte-se, desse modo, a uma análise de precedentes jurisprudenciais que denotam a importância processual desses mecanismos, seja para coibi-los ou para utiliza-los na medida em que a ponderação dos valores em conflito o permita, conforme um juízo de proporcionalidade a ser realizado no caso concreto.

### **6.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em 1993, no Habeas Corpus 69.912/RS (publicado em 26/11/93), analisou-se a ilicitude de gravação telefônica, que consistiu em fundamento probatório de



grande peso para a formação do convencimento do juiz, em sede de sentença. Pleiteou-se, através do Habeas Corpus, o reconhecimento da ilicitude da gravação, e a consequente declaração de nulidade da sentença. O relator do acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, assim se pronunciou a respeito das provas ilícitas:

A discussão contrapõe os que extraem da ilicitude da prova a sua inadmissibilidade processual – a exempli de Holmes, na jurisprudência americana (apud Ada Grinover, ob. cit., p. 136) e, na Itália, Nuvolone (Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino, de 1966, em Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale, 1969, I/501) –, aos que entendem que a ilicitude na obtenção da prova esgota seus efeitos na responsabilidade e na punição dos agentes, sem nenhum reflexo na admissibilidade processual das evidências resultantes – tese que teve, por exemplo, nos Estados Unidos, o prestígio da adesão de Cardozo (apud Ada Grinover, ob. cit., p. 136) e, na Itália, a brilhante sustentação dogmática de Franco Cordero (Prove illecite nel processo penale, Riv. Italiana Dir. e Proced. Penale, 1961, fasc 1/32).

No Brasil, contudo, a inadmissibilidade da prova captada ilicitamente já se firmara no Supremo Tribunal, antes da Constituição, seja no processo civil (...), seja na investigação criminal (...). E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No ponto, legem habemus: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.

Uma vez que o acesso a todas as provas obtidas durante a instrução foi possível apenas em virtude da gravação telefônica, que forneceu informações relevantes para a persecução penal, e que a gravação foi considerada ilícita, entendeu o relator pela aplicação da teoria dos “fruits of the poisonous tree”, oriunda da jurisprudência norte-americana. Desse modo, concluiu pela nulidade de todo o procedimento penal.

No mesmo acórdão, o voto do Ministro Celso de Mello foi ainda mais contundente no repúdio às provas ilícitas, nos seguintes termos:

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.

(...)

O fato irrecusável, Sr. Presidente, é que prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

O mesmo entendimento foi exarado pelo Ministro Ilmar Galvão, no julgamento da Ação Penal nº 307-3, DF, publicado em 13/10/1995:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Ainda na década de 90, o Supremo Tribunal Federal vislumbrou uma nova tese a respeito das provas ilícitas: estas seriam admissíveis se utilizadas a favor do réu, hipótese em que se configuraria a legítima defesa e, conseqüentemente, a exclusão da ilicitude.

Exemplo desse posicionamento pode ser encontrado no julgamento do Habeas Corpus 74.678, ocorrido em 10/06/1997. Tratava-se de Habeas Corpus no qual se pleiteava a declaração de ilicitude de uma prova obtida mediante gravação telefônica feita por terceiro, com autorização de um dos interlocutores e sem o conhecimento do outro. O acórdão foi ementado nos seguintes termos:

Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade; Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). Habeas corpus indeferido.

É interessante destacar trecho do parecer ministerial, cujo teor foi acolhido irrestritamente pelo Relator:

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos

criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.

Estando afastada a hipótese de falta de justa causa para a gravação e de indevida divulgação da conversa entre o paciente e o ofendido (Código Penal, arts. 151, II, e 153), não há razão plausível que justifique qualificar essa prova como ilícita. Frente à interpretação sistemática das normas constitucionais pertinentes e ainda das disposições contidas nos arts. 151, II, e 153, do Código Penal, suficientes para atestar a prestabilidade probatória da gravação, descabe cogitar da exigência da interposição de qualquer outro provimento legislativo regulamentador.

Ainda na seara do processo penal, no bojo do julgamento do Habeas Corpus 79.512-9 / RJ (julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 16/12/1999), debateu-se a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de admissão de prova ilícita, ponderando-se a ilicitude da prova com o interesse público na persecução criminal. O relator do processo, ministro Sepúlveda Pertence, não negou legitimidade ao critério da proporcionalidade como forma de solução de conflito entre valores constitucionais. Todavia, afirmou que, na hipótese específica da prova ilícita, a própria Constituição já realizou a ponderação, proscrevendo a prova eivada de ilicitude, ainda que em prejuízo da persecução criminal.

No julgamento do HC 80.949-9 / RJ (Primeira Turma, DJ de 14.12.2001), o ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, esmiuçou os argumentos que fundamentam a impossibilidade de se invocar a doutrina e a jurisprudência da Alemanha, a fim de aplicar o princípio da proporcionalidade nessa hipótese. Alerta para o perigo na recepção de teorias jurídicas estrangeiras, eis que suas formulações tomam por base dados dogmáticos diversos do nosso ordenamento. Ressalta que, na Alemanha, não há norma específica que proíbe a utilização de provas ilícitas e que, neste caso, é adequado recorrer ao princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação de valores em conflito. Todavia, a situação é diversa no Brasil, uma vez que a Constituição estabeleceu proibição explícita e inequívoca. Desse modo, a invocação ao princípio da proporcionalidade se justificaria se a Constituição não houvesse realizado um juízo explícito de prevalência das garantias constitucionais em aparente conflito, o que não é, frise-se, o caso das provas ilícitas, tendo em vista o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição.

Desde então, não houve modificações consideráveis na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse respeito. É possível afirmar, portanto, que esse tribunal não admite a relativização da proibição constitucional de admissão de provas produzidas por meios ilícitos, nem mesmo sob o argumento de ponderação de princípios no caso concreto.

## 6.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em comparação com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem um entendimento mais brando a respeito do tema. Observe-se a evolução jurisprudencial desse tribunal.

Em 1995, no Habeas Corpus 3.982 / RJ (Publicado em 26/02/1996, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel), o entendimento foi no sentido de que o art. 5º, LVI, não é absoluto. O paciente era réu condenado que se encontrava cumprindo pena, e que respondia ação penal pela prática de corrupção ativa. Em sua defesa, invocou o preceito constitucional a fim de destruir gravação na qual se comprovava a corrupção de funcionários da penitenciária, mediante propina. Requereu, ademais, o trancamento da ação penal, por se sustentar em prova ilícita.

É de se destacar trecho do voto do relator, nos seguintes termos:

A Constituição brasileira, como é comecinho, é uma Constituição dirigente e programática. Em decorrência, tanto o legislador ordinário, quanto o administrador e o próprio juiz, esse último através da denominada “atualização constitucional” (*verfassungsaktualisierung*), têm de “realizar” o que foi recomendado e modelado pela própria Constituição. Ora, uma leitura atenta da Constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e “atualizações” consentâneas com o standard instituído. Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

(...)

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a **Exclusionary Rule** não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora Ada Pellegrini Grinover, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é, assim, relativa. Adota-se o “Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade” (**verhältnismässigkeitsprinzip**).

Idêntico entendimento foi exarado no acórdão relativo ao Recurso em Mandado de Segurança nº 6.129 / RJ (Publicado em 12/08/1996, 6ª Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel).

Ainda na esfera penal, destaca-se o Habeas Corpus nº 52.995 / AL (Publicado em 04/10/2010, Sexta Turma, Relator Ministro Og Fernandes). Trata-se de remédio impetrado contra sentença que condenou o paciente por furto mediante fraude, sob a alegação de que a sentença teria se fundado em prova ilícita (quebra de sigilo bancário). O voto do relator foi fundamentado nos seguintes termos:

(...) a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. Entretanto, no caso há que se fazer duas considerações essenciais que afastam por completo a proteção à violação de sigilo bancário que ora é reivindicada por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito à própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Como vimos, tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Aliás, a própria titularidade solidária que detinha uma das pacientes, que agora é reclamada para respaldar eventual autorização legal, nasceu como início da trama que foi efetivada contra vítima (...). Os pacientes, na verdade, pretendem, nesta oportunidade, beneficiarem-se com a própria prática criminosa. Vige, entre nós, o princípio geral do Direito segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Ele possui valor genérico que condiciona e orienta a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas, servindo como alicerce do ordenamento jurídico. Assim, antes mesmo de se verificar eventual tensão entre princípios que ensejassem a relativização daquele que prevê o sigilo das informações, observa-se, no exame do caso, que a pretensão de reconhecimento da nulidade é precedida do desejo de se beneficiar os pacientes com o fruto do ato ilícito, o que foge à razoabilidade.

Trata-se de um caso exemplar em que a ponderação foi utilizada a fim de se admitir uma prova ilícita. De um lado, havia uma quebra não autorizada do sigilo bancário. Do outro, a possibilidade de que os pacientes se beneficiassem da própria torpeza, caso a prova fosse inadmitida. Num juízo de proporcionalidade, entendeu o relator por admitir a quebra de sigilo bancário, no que foi acompanhado pelos demais ministros julgadores.

O Superior Tribunal de Justiça teve, por diversas vezes, a oportunidade de analisar a questão das provas ilícitas no processo civil.

No Recurso em Mandado de Segurança nº 5.352 (Publicado em 25/11/1996, Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro), analisou-se a admissibilidade de gravação telefônica, feita pelo marido, de conversa entre a esposa e seu amante. A situação fática desse processo era bastante peculiar: quando o marido viajava, a esposa ministrava substância entorpecente às filhas, a fim de que pudesse se encontrar com seu amante. Foi proposta ação penal para apurar os crimes cometidos e, paralelamente, tramitou a separação judicial. As gravações foram juntadas à ação penal, como prova da intoxicação. A esposa impetrou mandado de segurança requerendo o desentranhamento das gravações, e a ordem foi denegada. Interpôs-se recurso ordinário constitucional no STJ, o qual foi provido, sob o argumento de que a prova (a gravação feita pelo marido) era ilícita. Desse modo, a gravação também não pode ser utilizada no processo civil, nem mesmo para se questionar a guarda das menores.

Devido à repercussão desse julgado, houve até manifestações doutrinárias a respeito do tema. O entendimento do STJ foi criticado por Adalberto Guedes Xavier de Andrade, em artigo publicado na Revista de Processo<sup>89</sup>. Segundo o autor, o Superior Tribunal de Justiça se equivocou ao sobrevalorizar o direito à intimidade da mulher, em detrimento do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, não restou comprovado o adultério (o qual, na época, ainda era conduta tipificada como crime).

No entanto, havia algo ainda mais grave a se considerar no caso concreto: as filhas do casal, que foram diretamente afetadas pela decisão. Ora, como bem ilustrado pelo referido autor, e conforme a hodierna doutrina do direito de família, “os direitos e interesses dos menores devem prevalecer sobre os direitos de seus genitores”. A gravação feita pelo marido, ainda que ilícita, deveria ter sua validade reconhecida a fim de comprovar, diante das particularidades do caso concreto, a inidoneidade moral da impetrante, de modo a impedi-la de ter a guarda das filhas do casal. Desse modo, não se tratava apenas de satisfazer os interesses do *ius puniendi* estatal, tampouco do cônjuge tido por “inocente”, mas dos direitos e interesses das menores.

---

<sup>89</sup> ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. **A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil.** *Revista de Processo*. n 126. Ano 30. Ago 2005. p. 219-245.

Outro foi o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no acórdão proferido no Recurso Especial nº 9.012 / RJ (julgado em 24/02/97, Terceira Turma, Relator Ministro Cláudio Santos), no qual se discutia a admissibilidade de uma gravação telefônica como prova em ação de investigação de paternidade. Destaca-se trecho do voto do Ministro Nilson Naves, fundamentado na ponderação de valores, *in verbis*:

Entre os valores de proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! A saber, da produção de prova. Impedir que alguém a produza, digamos, por meio de gravação de conversas telefônicas, seria, a meu sentir, o mal maior. Isto não quer dizer que o fim justifique os meios. No entanto, há casos em que se não se admitir tal prova, inútil seria o processo. (...)

Sou favorável à maior liberdade, tocante à realização da prova. O processo não é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes? Não façam justiça pelas próprias mãos! Recorram ao Estado-juiz. Então, não se justifica cercear a liberdade dos contendores, relativamente à prova. Em si, a gravação de conversa telefônica não é ato ilícito.

No bojo desse mesmo processo, foi discutida a diferenciação entre gravação e interceptação telefônica, e a validade de cada uma delas. Nesse sentido, o voto do Ministro Eduardo Ribeiro:

Tenho para mim que inexistente a pretensão ilegitimidade. Ilícita é a gravação da conversa alheia, o que envolve mesmo a prática de crime. Nenhum impedimento existe, entretanto, a que um dos participantes da mesma queira resguardar-se, mediante o registro fonográfico e, salvo justificáveis exceções, dele se utilize como prova.

Em suma, o que não se tolera é a indevida escuta de conversa telefônica alheia, como não se admite a violação de correspondência. Não, a divulgação por quem participou de uma, ou foi destinatário de outra. E se a divulgação, em regra, é tolerável, mais vale se faça de modo a garantir a fidelidade ao que efetivamente ocorre.

Digna de nota é a decisão proferida recentemente pelo STJ, em que se permitiu a interceptação telefônica na esfera civil<sup>90</sup>. Trata-se de habeas corpus preventivo impetrado pelo responsável pela quebra de sigilo em empresa telefônica, que se recusou a cumprir determinação judicial para apurar incidente civil. Na ação

---

<sup>90</sup> Conforme notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043). Acesso em: 01/09/2011.

originária, em trâmite em vara de família no Mato Grosso do Sul, o juízo expediu ofício a fim de investigar o paradeiro de criança levada por familiar contra ordem judicial. O responsável pela quebra do sigilo se negou a cumprir a decisão, uma vez que a Constituição Federal, regulamentada pela Lei nº 9.296/96, permite a interceptação telefônica apenas para investigação criminal ou instrução processual penal. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, todavia, julgou correta a decisão do juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que a interceptação deve ser admitida no processo civil, em caso de extrema excepcionalidade, quando não houver outra diligência a ser adotada. Trata-se de caso em que há conflito de valores: de um lado, há o direito à intimidade daquele cujo sigilo telefônico será quebrado; de outro, há vários direitos fundamentais do menor, tais como segurança, educação, dignidade e convivência familiar. Desse modo, no caso concreto, o não cumprimento da determinação judicial tem consequências mais graves do que a invasão da privacidade do familiar do menor.

A Terceira Turma do STJ decidiu pela possibilidade de interceptação telefônica no caso em apreço. O relator, Ministro Sidnei Beneti, afirmou que “a situação inspira cuidado e não se trata pura e simplesmente de discussão de aplicação do preceito constitucional que garante o sigilo”. Assim, aplicando-se a ponderação de princípios no caso concreto, a Terceira Turma não conheceu do pedido de habeas corpus.

### 6.3 PROVAS OBTIDAS MEDIANTE COLHEITA DE MATERIAL GENÉTICO

A questão relativa à obtenção de material genético merece uma abordagem à parte. Trata-se de assunto polêmico, que sempre enseja os mais diversos posicionamentos.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 140.665 / MG (Publicado em 03/11/1998, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), admitiu a prova obtida mediante exame de DNA realizado em material genético colhido do corpo do morto antes do sepultamento. Tratava-se de ação de investigação de paternidade, em que o réu, a fim de comprovar que de fato não era pai do autor, solicitou a realização de exame de DNA. O pedido foi indeferido pelo



juízo de 1º grau, sob o fundamento de que as demais provas dos autos eram suficientes para comprovar a alegada paternidade, de modo que o réu foi condenado ao reconhecimento da paternidade e à prestação de alimentos. Em sede de apelação, o réu novamente pediu a realização do exame, e o pedido foi novamente negado. Interpôs-se recurso especial. No entanto, o réu veio a falecer, e seus familiares retiraram material genético antes do sepultamento, a fim de realizar, quando possível, o exame de DNA.

Em contrarrazões ao Recurso Especial, o autor da demanda alegou que a utilização de tal prova seria reprovável, que a prova estaria contaminada pela ilicitude, e seria, portanto, nula. O Ministério Público Federal, em parecer, opinou pelo não conhecimento do recurso, alegando a impossibilidade de admissão da prova. A Quarta Turma do STJ, todavia, entendeu que, no caso concreto, o recorrente havia sido cerceado em seu direito de defesa desde o início do processo. Ressaltou que era da vontade do réu realizar o exame de DNA, e que a ação de investigação de paternidade comporta esse tipo de prova. Não havia razões, portanto, para impedir a realização do exame. Destarte, embora o recorrente tivesse falecido, o exame ainda era possível, tendo em vista o material genético colhido. Assim, o recurso foi provido, o processo foi anulado desde a sentença, e foi propiciada a realização da prova genética.

Um caso de grande repercussão foi o processo envolvendo Glória Trevi, artista mexicana que sofreu processo de extradição no Brasil. No período de tramitação da extradição, a artista permaneceu custodiada na Superintendência Regional de Polícia Federal no Distrito Federal. Ocorre, todavia, que a artista engravidou enquanto estava detida, e a imprensa passou a fazer especulações, afirmando que Glória Trevi havia sido estuprada por policiais. Houve grande repercussão no público em geral, causando até mesmo manifestações de indignação e repúdio contra os agentes públicos lotados naquela Superintendência.

Diante da comoção pública e do alcance internacional do fato, foi instaurado inquérito policial, e o juiz federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal determinou ao Hospital Regional da Asa Norte que, quando do nascimento da criança, fosse recolhida a placenta, a fim de realizar exame de DNA e averiguar os indícios de estupro.

Os cinquenta policiais lotados naquela Superintendência, bem como os onze custodiados que lá estavam à época da concepção forneceram material genético

para a realização do exame de DNA. Nenhum deles apresentou resistência. Pelo contrário, todos colaboraram com tal procedimento, a fim de se verem livres da acusação de estupro. Houve até policiais que *exigiram* a realização do exame, afirmando que não suportavam que pesasse sobre eles sequer uma suspeita do cometimento do crime.

Todavia, a extraditanda se insurgiu contra a determinação judicial, alegando que a coleta da placenta violaria a sua intimidade e sua privacidade, de modo que ela não autorizava a utilização desse material genético. Foi proposta uma Reclamação no Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 2.040-1, publicado em 27/06/2003, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira), por ser a Corte onde tramitava o processo de extradição.

No bojo da Reclamação, o Ministro Néri da Silveira fez longo estudo a respeito da situação fática. Argumentou, em síntese, que havia outros valores a ser analisados no caso concreto. De um lado, a artista mexicana pleiteava a tutela de sua intimidade, privacidade e integridade física. De outro lado, porém, havia um relevante interesse público no deslinde do caso. Ora, a própria moralidade da Administração Pública foi questionada, perante a sociedade brasileira e internacional, em vista da possibilidade de ter ocorrido um estupro à extraditanda no interior do cárcere. Ainda, a honra dos policiais e dos demais detentos foi gravemente atingida, em virtude da veiculação da notícia de modo ardiloso e sensacionalista pela imprensa. Destaque-se que, se o estupro fosse de fato comprovado, além da persecução criminal, seria necessária a instauração de processo administrativo de demissão do policial envolvido. Por fim, havia também o direito indisponível do nascituro à dignidade, pois, além do conhecimento da origem genética da criança, havia a possibilidade de o nascituro ter pai brasileiro, o que poderia ensejar sua permanência no Brasil após a extradição da mexicana.

O Ministro relator aduziu que, nesse caso, não se tratava apenas de um conflito entre direitos fundamentais individuais. Trata-se, na verdade, de um conflito entre um direito fundamental da extraditanda e diversos direitos da coletividade brasileira, dos policiais e detentos envolvidos, assim como do nascituro. Mediante ponderação desses valores, permitiu-se a colheita de material biológico para exame de DNA, a despeito da oposição de Glória Trevi. A prova genética não foi considerada ilícita, ainda que obtida à revelia da artista.

Outro precedente jurisprudencial nesse sentido, amplamente divulgado pela mídia, foi o caso envolvendo Vilma Martins Costa, acusada de ter subtraído dois recém-nascidos e registrado como se fossem seus filhos. A primeira criança foi Aparecida Fernanda Ribeiro de Souza (registrada por Vilma como Roberta Jamilly Martins Borges), subtraída em 04/03/1979. A segunda criança foi Pedro Rosalino Braule Pinto (registrado como Osvaldo Martins Borges Junior), subtraído em 21/01/1986. Quando os delitos começaram a ser investigados, no ano de 2002, Pedro aceitou se submeter a exame de DNA, e logo restou comprovado que ele não era filho de Vilma. Após os trâmites processuais necessários, o menor passou a residir com os pais biológicos.

A outra vítima do delito, contudo, recusou-se a fornecer material genético para o exame de DNA. No entanto, durante o inquérito, a autoridade policial recolheu guimba de cigarro dispensada pela vítima quando de sua passagem pela delegacia para fins de depoimento. Através do exame do DNA da saliva de Roberta Jamilly, constatou-se que ela era, de fato, Aparecida Fernanda Ribeiro de Souza.

No curso da ação judicial, a defesa alegou a impossibilidade de se utilizar essa prova, por ser ilícita, já que obtida mediante violação da privacidade da vítima. O juízo entendeu, todavia, que não se configurava a invasão de privacidade, já que o exame foi realizado a partir de material descartado pela vítima, de modo que sua integridade física não foi atingida. A prova foi considerada lícita, e serviu como um dos fundamentos da condenação de Vilma Martins Costa (processo nº 200300794180, 9ª Vara Criminal da Comarca de Goiânia – GO).

## 7 CONCLUSÃO

Costuma-se atribuir a proibição constitucional da admissão de provas ilícitas ao contexto político de redemocratização em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada. No período anterior, sob a égide da ditadura militar, a violação à intimidade e à privacidade dos indivíduos era corriqueira, principalmente no bojo de perseguições criminais, e não havia instrumentos legais aptos a protegê-los de tal invasão. O art. 5º, LVI, da Constituição, surgiu como uma garantia do cidadão frente ao Estado, de modo a impedir uma intromissão na esfera privada dos indivíduos pela atividade persecutória estatal.

É preciso notar, contudo, que posições extremadas nesse sentido podem trazer consequências danosas ao processo judicial. Por vezes, o próprio indivíduo, para se proteger, tem ao seu alcance apenas uma prova obtida por meio ilícito. Nessa hipótese, defende-se a relativização da proibição inscrita no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Grande parte da doutrina considera superada qualquer diferenciação entre processo penal e processo civil no que diz respeito às provas ilícitas. Independentemente da natureza do direito material discutido no processo, se há relativização da proibição constitucional, ela deve ser estendida a qualquer esfera processual.

Evidentemente, a admissibilidade das provas ilícitas no processo enseja muita cautela, a fim de evitar violações desnecessárias a garantias fundamentais. Assim como a proibição não é absoluta, a admissão não pode ser a regra. É preciso analisar cuidadosamente os bens e interesses jurídicos em conflito no processo. No caso concreto, o juiz deve proceder a uma ponderação dos princípios aplicáveis, e decidir de modo a se garantir a efetivação do direito que, na situação em análise, demonstra-se mais relevante. Trata-se de aplicar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A doutrina majoritária endossa a utilização do princípio da proporcionalidade. A jurisprudência, contudo, ainda é reticente nesse aspecto. Há poucos precedentes em que se admitiu uma prova ilícita mediante a ponderação de princípios, quase todos proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal

Federal tende a considerar que a proibição constitucional não comporta exceções ou relativizações.

Os avanços tecnológicos possibilitam novas formas de obtenção de material probatório, consubstanciados principalmente na interceptação e gravação telefônica ou ambiental, bem como em exames de DNA a partir de material genético. Os tribunais já emitiram diversos posicionamentos a respeito da admissão de provas obtidas mediante esses instrumentos, quando tal utilização implica invasão de privacidade ou intimidade, mas é a única forma de comprovar o direito alegado. Considerando as peculiaridades dos casos concretos que envolvem cada uma dessas tecnologias, a jurisprudência ainda não é uníssona quanto à admissibilidade ou não desses meios de prova.

De qualquer sorte, a tecnologia não para de avançar, e a cada dia há novos métodos de investigação à disposição do processo judicial. Resta saber se prevalecerá o posicionamento rígido de proibição das provas ilícitas, ou se doutrina e jurisprudência saberão adequar as inovações tecnológicas aos comandos constitucionais.

Num estado democrático de direito, os excessos certamente devem ser coibidos, principalmente quando ofendem garantias constitucionais. Todavia, ao se coibir o excesso, deve-se tomar o cuidado de não santificar o excesso oposto, como muito bem ressaltou José Carlos Barbosa Moreira<sup>91</sup>. Isso é especialmente verdadeiro no trato das provas ilícitas. Quando uma prova, dita ilícita, é a única apta a comprovar o direito alegado pela parte, e se verifica que, no caso concreto, o direito violado pela obtenção da prova deve ser sacrificado em benefício do direito a ser provado, não há razões para não se admitir a prova. Proibi-la, nessa circunstância, violaria a garantia do devido processo legal, o que não se pode admitir. Cabe ao juiz, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, determinar qual valor deve predominar no caso concreto, realizando assim a tutela jurisdicional justa e efetiva.

---

<sup>91</sup> MOREIRA, 1996. p. 22.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. **A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil**. *Revista de Processo*. n 126. Ano 30. Ago 2005. p. 219-245.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Exegese do Código de Processo Civil**. Vol. IV-1. Rio de Janeiro: Aide, [19--]

ÁVILA, Humberto. **Princípios e regras e a segurança jurídica**. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1. nº 1. jan./mar. 2006. p. 189-206.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Gravações clandestinas e ambientais no processo civil: as provas imorais**. *Revista dos Tribunais*. Ano 92. V. 818. Dez 2003. p. 47-64.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215-222

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 208-209.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição Federal, de 19 de outubro de 1988.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. Vol. IV.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da. GRAU, Eros Roberto. (Org.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243.

COSTA, Fabrício Veiga. POMPEU, Plauto Rino. **(Im)possibilidade jurídica de utilização de provas ilícitas no processo civil.** *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo. n 94. Jan. 2011. p. 9-27.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova:** Segue o Princípio Inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, nº 369, ano 2008.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 2. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

GOUVEIA, Lucio Grassi. **O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil.** *Revista Dialética de Direito Processual.* São Paulo. n 7. Out. 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: \_\_\_\_\_. **O processo em evolução.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução da 5ª ed. alemã, de 1983, por José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores.** *Revista Jurídica.* São Paulo. n 400. jan. 2011. p. 35-50.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. nº 205. Jul./Set. 1996. p. 11-22.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil** (processo de conhecimento). 3ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

TALAMINI, Eduardo. **Prova emprestada no processo civil e penal**. **Revista de Processo**. São Paulo. nº 91. jul./set. 1998. p. 92-114.